

لشيخ الإسلام

برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني

المتوفى سنة ٥٩٣ هـ

اعتنى به وعلق عليه

عبد السلام عبد الهادي شنار

طبعة مقابلة على عدة نسخ خطية

المجلد الثاني

كتاب: النكاح، الرضاع، الطلاق، العتاق، الأيمان، الحدود، السرقة، السير، اللقيط، اللقطة، الإباق، المفقود، الشركة، الوقف

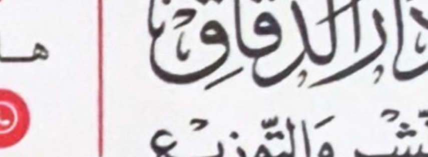
دار الدقاق   دار الفيحاء

الطَّبعَةُ الأولى

١٤٤٠ هـ - ٢٠١٩ م

ISBN: 978-9933-531-21-8





سُورية - دِمَشق - حلبوني
هـاتـف: +963112246031
 : +963932509370

لبنان - بَيروت - فردان
هـاتـف: +9611798485
 : +96178813911

daraldkak@gmail.com

دار الفيحاء للنشر والتوزيع

سُورية - دِمَشق - حلبوني
هـاتـف: +963112238135
: +963967509000

لبنان - بَيروت - فردان
هـاتـف: +9611798485
 : +96178813911

daralfaiha@hotmail.com


الهداية
شرح بداية المبتدي


بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح

كِتَابُ النِّكَاحِ

النِّكاحُ يَنعقِدُ بالإيجابِ والقَبولِ بِلَفظَينِ يُعَبَّرُ بِهما عنِ الماضي، ويَنعَقِدُ بِلَفظَينِ يُعبَّرُ بِأحَدِهما عنِ الماضي وبالآخَرِ عنِ المُستقبَل، مِثلُ أنْ يقولَ: «زَوِّجني»، فيقولَ: «زوَّجتُكَ». ويَنعَقِدُ بِلَفْظِ النِّكاحِ، والتَّزويجِ، والهِبَةِ، والتَّمليكِ، والصَّدَقَةِ،

(كتاب النِّكاح)

قال: (النِّكاحُ يَنعقِدُ بالإيجابِ والقَبولِ بِلَفظينِ يُعَبَّرُ بِهما عنِ الماضي)؛ لأنَّ الصِّيغَةَ وإنْ كانت للإخبار وَضْعاً، فقد جُعِلَت للإنشاءِ شرعاً دَفعاً للحاجة.

(ويَنعَقِدُ بِلَفظَينِ يُعبَّرُ بِأحَدِهما عنِ الماضي، وبالآخَرِ عنِ المُستقبَل، مِثلُ أنْ يقولَ: «زَوِّجني»، فيقولَ: «زوَّجتُكَ»)؛ لأنَّ هذا تَوكيلٌ بالنِّكاحِ، والواحِدُ يَتولَّى طَرَفي النِّكاح، على ما نُبيِّنُه إن شاء الله تعالى.

الألفاظ التي ينعقد بها النكاح

(ويَنعَقِدُ بِلَفْظِ النِّكاحِ والتَّزويجِ والهِبَةِ والتَّمليكِ والصَّدَقَةِ).

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ[1]: لا يَنعقِدُ إلَّا بلفظِ النِّكاحِ والتَّزويجِ؛ لأنَّ التَّمليكَ ليس حقيقةً فيه، ولا مجازاً عنه؛ لأنَّ التَّزويجَ للتَّلفيق[2]، والنِّكاحُ للضَّمِّ، ولا ضَمَّ ولا ازدواجَ بين المالكِ والمَملوكةِ أصلاً.

---

(١) قال في مغني المحتاج (٣/ ١٨٢) ط. دار الفكر: (ولا يصحُّ) عقدُ النِّكاحِ (إلا بِلَفظِ) ما اشتُقَّ من لفظِ (التَّزويج أو الإنكاح)، دونَ لفظِ الهبةِ والتَّمليكِ ونحوهما، كالإحلالِ والإباحةِ. اهـ، وانظر الحاوي في الفقه للماوردي (٩/ ١٥٢) ط. دار الكتب العلمية.

(٢) يقال: «لفَّقتُ الثَّوبين ولفَّقتُ أحدهما بالآخر»، إذا لازمت بينهما بالخياطة. ويقال: «أحاديثُ ملفَّقة»، أي: ضُمَّ بعضها إلى بعض. بناية.

وينْعَقِدُ بِلَفْظِ البَيعِ. ولا يَنعَقِدُ بِلَفْظِ الإجارَةِ، والإباحةِ، والإحلالِ، والإعارَةِ، والوصيَّةِ. ولا يَنعَقِدُ نِكاحُ المُسلمِينَ إلَّا بِحُضُورِ: شاهِدَينِ، حُرَّينِ، عاقِلَينِ، بالِغَينِ، مُسلِمَينِ، رَجُلَينِ أو رَجلٍ وامرأتينِ، عُدُولاً كانوا أو غَيرَ عُدُولٍ، أو مَحْدُودَينِ في القَذْفِ. ....

ولنا: أنَّ التَّمليكَ سببٌ لِملكِ المُتعةِ في محلِّها بواسطةِ مِلكِ الرَّقبةِ، وهو الثَّابتُ بالنِّكاحِ، والسَّببيَّةُ طريقُ المجازِ.

(وينْعَقِدُ بِلَفْظِ البَيعِ[1]) هو الصَّحيحُ؛ لِوُجودِ طريقِ المجازِ.

(ولا يَنعَقِدُ بِلَفْظِ الإجارَةِ) في الصَّحيحِ؛ لأنَّه ليس بسببٍ لِملكِ المُتعةِ[2]، (و) لا بلفظِ (الإباحةِ والإحلالِ والإعارَةِ)؛ لِما قلنا[3]، (و) لا بلفظ (الوصيَّةِ)؛ لأنَّها تُوجِبُ المِلكَ مُضافاً إلى ما بعدَ الموتِ.

الإشهاد على النكاح

قال: (ولا يَنعَقِدُ نِكاحُ المُسلمِينَ إلَّا بِحُضُورِ: شاهِدَينِ، حُرَّينِ، عاقِلَينِ، بالِغَينِ، مُسلِمَينِ، رَجُلَينِ أو رَجلٍ وامرأتينِ، عُدُولاً كانوا أو غَيرَ عُدُولٍ أو مَحْدُودَينِ في القَذْفِ).

قال رضي الله عنه: اِعلم أنَّ الشَّهادةَ شرطٌ في بابِ النِّكاحِ؛ لقوله ﷺ: «لا نكاحَ إلَّا بشهودٍ[4]»، ....

(١) يعني: بأن تقولَ المرأةُ: «بعتُكَ نفسي» أو قال أبوها: «بعتُكَ بنتي بكذا»، وكذا بلفظ الشِّراءِ بأن قال الرَّجلُ لامرأة: «اشتريتُكِ بكذا» فأجابت بنعم، أشار إليه محمَّد في كتاب الحدود. عناية.

(٢) وذلك لأنَّ الإجارةَ لا تنعقدُ إلَّا مؤقَّتةً، والنِّكاحُ لا ينعقدُ إلَّا على التَّأبيدِ، فكان بين موجَبَيهما تنافٍ، فلا تصحُّ استعارةُ لفظِ الإجارةِ للنِّكاح.

(٣) يعني: قوله: «ليس بسببٍ لملك المُتعة»، وذلك لأنَّ لفظَ «الإباحة والإحلال» لا يوجِبُ مِلكاً أصلاً، فإنَّ مَن أحلَّ لغيره طعاماً، أو أباحَهُ له، لا يَملِكُه، فإنَّما يُتلِفُه على مِلك المُبيح. عناية.

(٤) قال الزيلعي (٣/ ١٦٧): غريب بهذا اللَّفظ، وأخرج ابن حبان (٩/ ٣٨٦) (٤٠٧٥) عن عائشة أنَّ =

وهو حجَّةٌ على مالكٍ في اشتراطِ الإعلامِ دونَ الشَّهادةِ[١].

ولا بدَّ من اعتبار الحرِّيَّةِ فيها؛ لأنَّ العبدَ لا شهادةَ له لِعَدَمِ الوِلايةِ.

ولا بدَّ من اعتبارِ العقلِ والبلوغِ؛ لأنَّه لا وِلايةَ بدونهما.

ولا بدَّ من اعتبارِ الإسلام في أنكِحَةِ المسلمينَ؛ لأنَّه لا شهادةَ للكافرِ على المسلمِ.

ولا يُشترَطُ وَصفُ الذُّكورةِ، حتَّى يَنعقِدُ بِحُضورِ رجلٍ وامرأتين. وفيه خلافُ الشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللهُ[٢]، وستعرف في الشَّهادات إن شاء الله تعالى.

ولا تُشتَرَطُ العدالةُ، حتَّى يَنعقِدُ بِحَضرةِ الفاسِقَينِ عندنا، خلافاً للشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللهُ[٣].

له: أنَّ الشَّهادةَ من باب الكرامةِ، والفاسقُ من أهل الإهانةِ.

ولنا: أنَّه من أهل الولايةِ، فيكونُ من أهل الشَّهادةِ، وهذا لأنَّه لمَّا لم يُحرَمِ

= رسول الله ﷺ قال: «لا نِكاحَ إلَّا بوليٍّ وشاهدي عَدلٍ، وما كان من نكاحٍ على غيرِ ذلك فهو باطلٌ، فإن تَشاجَرُوا فالسُّلطانُ وليُّ مَن لا وليَّ له».

وأخرج الترمذي في النكاح، باب: ما جاء لا نكاح إلا ببيِّنة (١١٠٣) عن ابن عباس: أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «البغايا اللاتي يُنكِحْنَ أنفسَهُنَّ بغير بيِّنةٍ».

(١) قال الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير (٢/ ٢١٦): حاصلُهُ أنَّ الإشهادَ على النِّكاحِ واجبٌ، وكونُهُ عند العقدِ مندوباً زائدٌ على الواجبِ، فإن حصَلَ الإشهادُ عندَ العقدِ فقد حصل الواجبُ والمندوبُ، وإن لم يحصل عند العقدِ كان واجباً عند البناء.

(٢) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٣/ ١٨٦ - ١٨٧): (ولا يصحُّ) النِّكاحُ (إلَّا بِحَضرةِ شاهدين، وشَرطُهُما حرِّيَّةٌ)، فلا يَنعقِدُ بِمَن فيه رِقٌّ، (وذُكورةٌ) فلا يَنعقِدُ بالنِّساء، ولا برجلٍ وامرأتين. اهـ باختصار.

(٣) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٣/ ١٨٨): (ويَنعقِدُ بِمَستورَي العدالةِ)، وهما المَعروفان بها ظاهراً لا باطناً، بأن عُرِفت بالمُخالطةِ دونَ التَّزكيةِ عند الحاكم (على الصَّحيح). (ولو بانَ فِسقُ الشَّاهِدِ عندَ العَقدِ فباطلٌ) أي: تبيَّنَ بُطلانُهُ (على المذهب)؛ لِفَواتِ العدالةِ كما لو بانا كافرين. اهـ

وانظر فتح الوهاب (٢/ ٥٩) دار الكتب العلمية.

وإنْ تَزَوَّجَ مُسلِمٌ ذِمِّيَّةً بِشهادَةِ ذِمِّيَّينِ جازَ عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمَّدٌ وزفر: لا يَجُوزُ. ومَنْ أمَرَ رَجلاً بأنْ يُزَوِّجَ ابنَتَهُ الصَّغيرةَ، فَزَوَّجَها والأبُ حاضِرٌ بِشَهادةِ رَجلٍ واحدٍ سواهما، جازَ النِّكاحُ. ....

الولايةَ على نفسِهِ لإسلامِهِ، لا يُحرَمُ على غيره؛ لأنَّه من جنسِهِ، ولأنَّه صَلُح مُقلِّدا[1] فيَصلُحُ مقلَّداً[2] وكذا شاهداً.

والمَحدودُ في القَذْفِ من أهلِ الولايةِ، فيكونُ من أهلِ الشَّهادةِ تَحمُّلاً، وإنَّما الفائتُ ثمرةُ الأداءِ بالنَّهي[3] لِجَريمتِهِ، فلا يُبالَى بفواتِهِ كما في شهادةِ العُميانِ وابني العاقِدَيْن[4].

قال: (وإنْ تَزَوَّجَ مُسلِمٌ ذِمِّيَّةً بِشهادَةِ ذِمِّيَّينِ جازَ عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد وزفر: لا يَجُوزُ)؛ لأنَّ السَّماعَ في النِّكاحِ شهادةٌ، ولا شهادةَ للكافرِ على المسلمِ، فكأنَّهما لم يَسمَعا كلامَ المسلمِ.

ولهما: أنَّ الشَّهادةَ شُرطت في النِّكاحِ على اعتبارِ إثبات الملك؛ لِوُرُوده على محلٍّ ذي خَطَر، لا على اعتبار وُجوب المَهرِ، إذ لا شهادةَ تُشترط في لُزوم المال، وهما شاهدان عليها[5]، بخلاف ما إذا لم يسمعا كلامَ الزَّوج؛ لأنَّ العقد ينعقد بكلاميهما، والشَّهادةُ شُرِطت على العقد.

قال: (ومَنْ أمَرَ رَجلاً بأنْ يُزَوِّجَ ابنَتَهُ الصَّغيرةَ، فَزَوَّجَها والأبُ حاضِرٌ بِشَهادةِ رَجلٍ واحدٍ سواهما، جازَ النِّكاحُ)؛ لأنَّ الأبَ يُجعَلُ مباشِراً للعقدِ؛ لاتِّحادِ المَجلسِ، فيكونُ الوكيلُ سفيراً ومعبِّراً، فيبقى المُزَوِّجُ شاهداً.

---

(١) أي: سلطاناً وخليفةً، فإنَّ جمهور الأئمَّة بعد الخلفاء الرَّاشدين لم يَخلُوا من فِسق.

(٢) أي: فإذا صحَّ كونُ الفاسق سلطاناً، صحَّ أن يكون مقلَّداً، أي: قاضياً أو حاكما.

(٣) الثابت بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُواْ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًاۚ﴾.

(٤) فإنَّ النِّكاح ينعقد بشهادة العميان وابني العاقدين بالإجماع، ولا تُقبل شهادتهم عند الأداء بالإجماع. بناية.

(٥) أي: والذِّمِّيَّان شاهدان على الذِّمِّيَّة، وشهادةُ أهل الكتاب على بعضهم جائزةٌ.

وإنْ كانَ الأبُ غائباً لم يَجُزْ.

(وإنْ كانَ الأبُ غائباً لم يَجُزْ)؛ لأنَّ المجلسَ مختلِفٌ فلا يُمكنُ أن يُجعَلَ الأبُ مباشِراً، وعلى هذا إذا زوَّجَ الأبُ ابنَتَه البالغةَ بِمَحضرِ شاهدٍ واحدٍ، إن كانت حاضرةً جاز، وإن كانت غائبةً لم يجز.

فصل في بيان المُحرَّمات

لا يَحِلُّ لِلرَّجُلِ أنْ يَتزَوَّجَ بِأمِّهِ، ولا بِجَدَّاتِهِ مِنْ قِبَلِ الرِّجالِ والنِّساءِ، ولا بِبِنْتِهِ، ولا بِبِنْتِ وَلَدِهِ وإنْ سَفَلَتْ، ولا بِأُخْتِهِ، ولا بِبَناتِ أُختِهِ، ولا بِبَناتِ أخيهِ، ولا بِعَمَّتِهِ، ولا بِخالَتِهِ، ولا بأمِّ امرأتِهِ التي دَخَلَ بِها أو لم يَدْخُلْ، ولا بِبِنْتِ امرأتِهِ التي دَخَلَ بها، سواءٌ كانتْ في حِجْرِهِ أو في حِجْرِ غَيرِهِ، ....

(فصل في بيان المُحرَّمات)

قال: (لا يَحِلُّ لِلرَّجُلِ أنْ يَتزَوَّجَ بِأمِّهِ، ولا بِجَدَّاتِهِ مِنْ قِبَلِ الرِّجالِ والنِّساءِ)؛ لقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَـٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ [النِّساء: ٢٣]، والجَدَّاتُ أمَّهاتٌ؛ إذِ الأمُّ هي الأصلُ لغةً، أو ثبتَتْ حُرمتُهنَّ بالإجماع.

قال: (ولا بِبِنْتِهِ) لِما تلونا، (ولا بِبِنْتِ وَلَدِهِ وإنْ سَفَلَتْ) للإجماع، (ولا بِأُخْتِهِ، ولا بِبَناتِ أُختِهِ، ولا بِبَناتِ أخيهِ، ولا بِعَمَّتِهِ، ولا بِخالَتِهِ)؛ لأنَّ حُرمَتهنَّ منصوصٌ عليها في هذه الآية، وتَدخُلُ فيها العمَّاتُ المُتفرِّقات[1] والخالاتُ المُتفرِّقاتُ وبناتُ الإخوةِ المتفرِّقين؛ لأنَّ جهةَ الاسم عامَّة[2].

قال: (ولا بأمِّ امرأتِهِ التي دَخَلَ بِها أو لم يَدْخُلْ)؛ لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَـٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾ [النِّساء: ٢٣] من غير قيدِ الدُّخول، (ولا بِبِنْتِ امرأتِهِ التي دَخَلَ بها)؛ لِثُبوتِ قيدِ الدُّخولِ بالنَّصِّ، (سواءٌ كانتْ في حِجْرِهِ أو في حِجْرِ غَيرِهِ)؛ لأنَّ ذِكْرَ الحِجْرِ خرج مَخرَجَ العادةِ، لا مَخرَجَ الشَّرطِ، ولهذا اكتفى في موضعِ الإحلال بنفي الدُّخولِ[3].

---

(١) أي: العمَّةُ لأبٍ وأمٍّ، والعمَّةُ لأبٍ دون أمٍّ، والعمَّةُ لأمٍّ دونَ أبٍ.

(٢) أي: الجهةُ التي وُضع الاسم مع اعتبارها عامَّة، فاسمُ الأخ مثلاً وُضع لذاتٍ باعتبار نسبتها إلى أخرى بالمجاورة في صُلْب أو رَحِم، والأحسنُ أن يُقال باعتبار حُلولها ما حلَّته من صُلب أو رُحم؛ كي لا يقتصر على التَّوأم، وبهذه الجهة تعمُّ المتفرِّقات، فكان حقيقة في الكلِّ بالتَّواطؤ. فتح.

(٣) التقدير: اكتفى الباري تبارك وتعالى في موضع الإحلال - وهو قوله تعالى ﴿فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم =

ولا بِامرأةِ أبيهِ وأجْدادِهِ، ولا بِامرأةِ ابنِهِ وبَني أولادِهِ، ولا بِأُمِّهِ مِنَ الرَّضاعَةِ، ولا بِأختِهِ مِنَ الرَّضاعَةِ، ولا يَجْمَعُ بينَ أُختَيْنِ نِكاحاً، ولا بِمِلْكِ يَمِينٍ وَطْأً،

قال: (ولا بِامرأةِ أبيهِ وأجْدادِهِ)؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النِّساء: ٢٢]، (ولا بِامرأةِ ابنِهِ وبَني أولادِهِ)؛ لقوله تعالى: ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ﴾ [النِّساء: ٢٣]، وذِكرُ الأصلابِ لإسقاطِ اعتبارِ التَّبنِّي، لا لإحلالِ حَليلةِ الابنِ من الرَّضاعةِ.

(ولا بِأُمِّهِ مِنَ الرَّضاعَةِ، ولا بِأختِهِ مِنَ الرَّضاعَةِ)؛ لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ [النِّساء: ٢٣]؛ ولقوله ﷺ: «يَحرُم من الرَّضاع ما يَحرُم من النَّسب[1]».

(ولا يَجْمَعُ بينَ أُختَيْنِ نِكاحاً، ولا بِمِلْكِ يَمِينٍ وَطْأً)؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾ [النِّساء: ٢٣]، ولقوله ﷺ: «مَن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعَنَّ ماءَه في رحم أختين[2]».

= بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [النِّساء: ٢٣]، بنفي الدُّخول، ولم يشترط نفيَ الدُّخولِ مع نفي الحِجْر، حيث لم يقل: فإن لم تكونوا دخلتم بهنَّ ولَسْنَ في حجوركم، فإنَّ الإباحة تتعلَّق بضدِّ ما تتعلَّق به الحرمة. عناية بتصرف.

(١) أخرج البخاري في الشهادات، باب: الشَّهادة على الأنساب والرَّضاع المستفيض والموت القديم (٢٥٠٢)، ومسلمٌ في الرَّضاع، باب: تحريم ابنة الأخ من الرضاعة (١٤٤٧) عن ابن عبَّاس رضي الله عنهما قال: قال النَّبيُّ ﷺ في بنت حمزة: «لا تَحِلُّ لي، يَحرُمُ من الرَّضاعِ ما يَحرُمُ من النَّسبِ، هي بنتُ أخي من الرَّضاعة»، واللفظ للبخاري.
وفي الباب من حديث عائشة أخرجه الجماعة إلَّا ابن ماجة.

(٢) قال الزيلعي (٣/ ١٦٨): غريب، وأخرج البخاري في النكاح، باب: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النِّساء: ٢٣] (٤٤١٣)، ومسلم في الرضاع، باب: تحريم الربيبة وأخت المرأة (١٤٤٩) عن أمِّ حبيبةَ قالت: قلتُ: يا رسول الله اِنكِحْ أختي بنتَ أبي سفيان، قال: «وَتُحبِّينَ؟»، قلتُ: نعم، لستُ لكَ بِمُخلِيَةٍ، وأحَبُّ مَن شارَكَني في خيرٍ أختي، فقال النَّبيُّ ﷺ: «إنَّ ذلك =

فإنْ تَزَوَّجَ أختَ أمَةٍ لَهُ قَدْ وَطِئَها صَحَّ النِّكاحُ، ولا يَطأُ الأمَةَ، وإنْ كانَ لَمْ يَطَأ المَنكُوحَةَ. فإن تَزَوَّجَ أختَينِ في عَقدَتَينِ، ولا يَدرِي أيَّتَهُما أُولى، فُرِّقَ بَيْنَهُ وبَيْنَهما، ولهما نِصفُ المَهرِ. ....

(فإنْ تَزَوَّجَ أختَ أمَةٍ لَهُ قَدْ وَطِئَها صَحَّ النِّكاحُ)؛ لِصُدُورِهِ من أهلِهِ مُضافاً إلى محلِّه، (و) إذا جاز (لا يَطأُ الأمَةَ، وإنْ كانَ لَمْ يَطَأ المَنكُوحَةَ)؛ لأنَّ المنكوحةَ مَوطوءةٌ حكماً، ولا يَطأُ المنكوحةَ للجَمْعِ إلَّا إذا حَرَّم المَوطوءةَ على نفسِهِ بسببٍ من الأسباب[1]، فحينئذٍ يطأُ المنكوحةَ لِعَدَمِ الجمعِ وَطأً، ويطأُ المنكوحةَ إن لم يكن وَطئَ المملوكةَ لِعَدَمِ الجمعِ وَطأً، إذِ المَرقوقةُ ليست موطوءةً حكماً.

(فإن تَزَوَّجَ أختَينِ في عَقدَتَينِ، ولا يَدرِي أيَّتَهُما أُولى، فُرِّقَ بَيْنَهُ وبَيْنَهما)؛ لأنَّ نكاحَ إحداهما باطلٌ بِيَقينٍ، ولا وَجْهَ إلى التَّعيينِ لِعَدَمِ الأولويَّةِ، ولا إلى التَّنفيذِ مع التَّجهيلِ[2]، لِعَدَمِ الفائدةِ[3] أو للضَّررِ[4]، فتعيَّنَ التَّفريقُ (ولهما نِصفُ المَهرِ)؛ لأنَّه وجَبَ للأولى منهما، وانعدمتِ الأولويَّةُ للجَهلِ بالأوَّليَّةِ فيُصرف إليهما.

= لا يَحِلُّ لي»، قلتُ: يا رسول الله، فواللهِ إنَّا لَنَتحدَّثُ أنَّك تريدُ أن تَنكِحَ دُرَّةَ بنتَ أبي سَلَمة، قال: «بِنتُ أمِّ سلَمَة؟»، فقلتُ: نعم، قال: «فَوَاللهِ لو لم تَكُنْ في حِجْري ما حَلَّتْ لي؛ إنَّها لابنَةُ أخي من الرَّضاعةِ، أرضَعَتْني وأبا سَلَمةَ ثُوَيبةُ، فلا تَعرِضَنَّ عليَّ بَناتِكُنَّ ولا أخواتِكُنَّ».

(١) كأن يبيعَها أو يزوِّجها.

(٢) يعني: لا وجهَ إلى تصحيحِ العقدِ في إحداهما مع جَهلِ المحلَّلةِ منهما.

(٣) وهو حِلُّ الاستمتاعِ؛ إذ لا يقعُ إلَّا في معيَّنةٍ، ولا حِلَّ في المعيَّنة. فتح.

(٤) أي: عليه بإلزامِهِ النَّفقةَ وسائرَ المَواجِبِ، مع عدَمِ حُصولِ المقصودِ، وعليها بِصَيرورتِها مُعلَّقةً، لا ذاتَ بَعلٍ في حقِّ الوطءِ، ولا مُطلَّقة. ولِتَضرُّرِ الأولى لو وَقَعَ تَعيينُهُ لغيرِها وهي الصَّحيحةُ، والثانيةِ لِوُقوعِها في الوطءِ الحرام. وفي هذا نظرٌ؛ إذ لا ضَرَرَ عليها في الدُّنيا وهو ظاهر، ولا في الآخرة لِعَدَمِ قَصدِ التَّجانفِ لإثم، ولو قال: «وللضَّررِ» بالواو، كان أولى؛ لأنَّ كلا منهما لازمٌ للتَّنفيذ مع التَّجهيل. فتح.

ولا يَجْمَعُ بَيْنَ المَرأةِ وعَمَّتِها، أو خالَتِها، أوِ ابنَةِ أخِيها، أو ابنةِ أختِها. ولا يَجْمَعُ بَيْنَ امرأتَينِ لَوْ كانَتْ إحداهُما رَجُلاً لَمْ يَجُزْ لَهُ أنْ يَتَزَوَّجَ بِالأخرى. ولا بأسَ بِأنْ يَجْمَعَ بَيْنَ امرأةٍ وبِنْتِ، زَوْجٍ كانَ لَها مِنْ قَبْلُ. ....

وقيل: لا بدَّ من دعوى كلِّ واحدةٍ منهما أنَّها الأولى، أو الاصطلاحِ لِجَهالةِ المُستَحِقَّةِ.

(ولا يَجْمَعُ بَيْنَ المَرأةِ وعَمَّتِها، أو خالَتِها، أوِ ابنَةِ أخِيها، أو ابنةِ أختِها)؛ لقوله ﷺ: «لا تُنكَح المرأةُ على عَمَّتِها، ولا على خالتِها، ولا على ابنةِ أخيها، ولا على ابنةِ أختها[(١)]»، وهذا مشهورٌ تجوزُ الزِّيادةُ على الكتاب[(٢)] بمثلِهِ.

(ولا يَجْمَعُ بَيْنَ امرأتَينِ لَوْ كانَتْ إحداهُما رَجُلاً لَمْ يَجُزْ لَهُ أنْ يَتَزَوَّجَ بِالأخرى)؛ لأنَّ الجَمْعَ بينهما يُفضي إلى القَطيعةِ، والقرابةُ المُحرِّمةُ للنِّكاحِ مُحرِّمةٌ للقَطعِ. ولو كانت المَحرميَّةُ بينهما بسبب الرَّضاعِ يَحرُمُ؛ لِما روينا من قبل[(٣)].

(ولا بأسَ بِأنْ يَجمَعَ بَيْنَ امرأةٍ وبِنْتِ زَوْجٍ كانَ لَها مِنْ قَبْلُ)؛ لأنَّه لا قرابةَ بينهما ولا رضاع. وقال زفر رحمه الله: لا يجوزُ؛ لأنَّ ابنةَ الزَّوجِ لو قَدَّرتها ذكراً لا يجوزُ له التَّزوُّجُ بامرأةِ أبيه.

قلنا: امرأةُ الأبِ لو صوَّرتها ذكراً جاز له التَّزوُّجُ بهذه، والشَّرطُ أن يُصوَّر ذلك من كلِّ جانب، [وقد صحَّ أنَّ عبد الله بن جعفر جمع بين امرأةِ عليٍّ رضي الله عنه وابنته][(٤)].

---

(١) أخرج الترمذي في النكاح، باب: ما جاء لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها (١١٢٦)، وأبو داود في النكاح، باب: ما يُكره أن يجمع بينهن من النساء (٢٠٦٥) عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تُنكَحُ المرأةُ على عَمَّتِها، ولا العَمَّةُ على بنتِ أخيها، ولا المرأةُ على خالتِها، ولا الخالةُ على بنتِ أختِها، ولا تُنكَحُ الكبرى على الصُّغرى، ولا الصُّغرى على الكبرى».

(٢) أراد بالكتاب قولَهُ تعالى ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النِّساء: ٢٤].

(٣) وهو قوله ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» انظر ص (١٣) ت (١).

(٤) زيادة من (أ).

قال الزيلعي (٣/ ١٧٦): رواه ابن أبي شيبة في مصنفه عن قُثَم مولى العباس عن عبد الله «أنَّه جمع بين =

ومَنْ زنا بامرأةٍ حَرُمَتْ عليه أمُّها وبِنْتُها. ....

قال: (ومَنْ زنا بامرأةٍ حَرُمَتْ عليه أمُّها وبِنْتُها).

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ[١]: الزِّنا لا يُوجِب حُرمةَ المُصاهرةِ؛ لأنَّها نعمةٌ فلا تُنالُ بالمَحظورِ.

ولنا: أنَّ الوطءَ سببُ الجزئيَّةِ[٢] بواسطةِ الولدِ، حتَّى يُضافُ إلى كلِّ واحدٍ منهما كَمَلاً[٣]، فتصيرُ أصولُها وفروعُها كأصولِهِ وفروعِهِ، وكذلك على العكس، والاستمتاعُ بالجزءِ حرامٌ إلَّا في موضعِ الضَّرورةِ، وهي الموطوءة[٤]، والوطءُ مُحرِّمٌ من حيثُ إنَّه سببُ الولدِ لا من حيثُ إنَّه زنا.

= امرأة عليٍّ وابنتِهِ من غيرِها». وأخرجه الدارقطني في سننه عن قُثَم مولى العباس، قال: «تزوَّج عبدُ الله بنُ جعفر بِنتَ عليٍّ، وامرأةَ عليٍّ النَّهشليَّة».

وذكره البخاري في صحيحه تعليقاً، فقال في باب: ما يحل من النساء وما يحرم: قال: وجَمَع عبدُ الله بن جعفر بينَ ابنةِ عليٍّ وامرأةِ عليٍّ، وقال ابنُ سيرين: لا بأس به، وكَرِهَه الحسنُ مرَّةً، ثمَّ قال: لا بأس به. اهـ.

(١) قال النووي في الروضة (٥/ ٤٥٣) ط الكتب العلمية: فرع: الزِّنا لا يُثبِتُ المُصاهرةَ، فللزاني نكاحُ أمِّ المَزنيِّ بها وبنتها، ولأبيه وابنه نكاحها. اهـ، وانظر الحاوي في الفقه للماوردي (٩/ ٢١٤) ط دار الكتب العلمية.

(٢) اعلم أنَّ الدَّليلَ يتمُّ بأن يقال: الزِّنا وطءٌ سببٌ للولد، فيتعلَّقُ به التَّحريمُ قياساً على الوطءِ الحلالِ، بناءً على إلغاءِ وَصفِ الحِلِّ في المَناطِ، وهو يَعتبِرُهُ، فهذا مَنشأ الافتراق. فتح.

(٣) فيقال: ابن فلان، وابن فلانة.

(٤) قال في العناية: فإن قيل: لو كان كذلك - أي: حرم أصوله وفروعه عليها وبالعكس لأنَّ الوطء سبب الجزئية - لكانت الحرمة ثابتةً في نفس المرأة الموطوءة؛ لأنَّها حينئذ جزء الواطئ.

أجاب بقوله: «والاستمتاعُ بالجزء حرامٌ إلا في موضع الضَّرورة، وهي الموطوءة»؛ لأنَّها لو قيل بحرمتها لم تَحِلَّ امرأةٌ بعدما ولدت لزوجها، وعاد النكاح على موضوعه بالنَّقض؛ لأنَّه ما شرع إلا للتَّوالد، فلو حَرُمت بالولادة لكان ما وُضِع للولادة يَنتفي بها فيهما، وذلك خُلفٌ باطل.

وأمَّا أنَّ الاستمتاع بالجزء حرامٌ فلأنَّ أوَّل الإنسان آدم عليه السَّلام قد حَرُمت عليه بناته فهو الأصلُ في حرمة الجزء، واستثني موضع الضَّرورة وهي امرأته. اهـ بزيادة.

وَمَنْ مَسَّتْهُ امرأةٌ بِشَهوةٍ حَرُمَتْ عَلَيهِ أمُّها وَبِنْتُها. وإذا طَلَّقَ امرأتَهُ طلاقاً بائِناً أو رَجعيَّاً، لَمْ يَجُزْ لَهُ أنْ يَتزَوَّجَ بِأُختِها حتَّى تَنقَضِيَ عِدَّتُها. ....

(وَمَنْ مَسَّتْهُ امرأةٌ بِشَهوةٍ حَرُمَتْ عَلَيهِ أمُّها وَبِنْتُها).

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لا تَحرُم[1].

وعلى هذا الخلافِ مسُّهُ امرأةً بشهوةٍ ونَظَرُه إلى فَرْجها ونَظرُها إلى ذَكَرِه عن شَهوة.

له: أنَّ المَسَّ والنَّظرَ ليسا في معنى الدُّخولِ، ولهذا لا يتعلَّقُ بهما فسادُ الصَّومِ والإحرامِ، ووُجوبُ الاغتسالِ، فلا يُلحَقان به.

ولنا: أنَّ المَسَّ والنَّظرَ سببٌ داعٍ إلى الوطء، فَيُقامُ مُقامه في موضعِ الاحتياط.

ثمَّ إنَّ المَسَّ بِشَهوةٍ أن تَنتشِرَ الآلَةُ أو تزدادَ انتشاراً، هو الصَّحيحُ.

والمُعتَبَرُ النَّظرُ إلى الفَرْج الدَّاخلِ، ولا يَتحقَّقُ ذلك إلَّا عند اتِّكائها.

ولو مَسَّ فأنزل؟ فقد قيل: إنَّه يُوجِبُ الحُرمةَ، والصَّحيحُ أنَّه لا يُوجِبُها لأنَّه بالإنزالِ تبيَّن أنَّه غيرُ مُفْضٍ إلى الوطءِ. وعلى هذا[2] إتيانُ المرأةِ في الدُّبُر.

(وإذا طَلَّقَ امرأتَهُ طلاقاً بائِناً أو رَجعيَّاً، لَمْ يَجُزْ لَهُ أنْ يَتزَوَّجَ بِأُختِها حتَّى تَنقَضِيَ عِدَّتُها).

وقال الشَّافعي رَحِمَهُ اللهُ[3]: إن كانت العِدَّةُ عن طلاقٍ بائنٍ أو ثلاثٍ يجوزُ؛

---

(١) قال النووي في الروضة (٥/ ٤٥٣) ط الكتب العلمية: فرع: المُفاخَذَة والقُبلةُ والمَسُّ، هل هي كالوطئ فَتُثبِت المُصاهرةَ وتُحرِّمُ الرَّبيبةَ في النكاح؟ فيه قولان، أظهَرُهما عند البغوي والروياني: نعم. وأظهرهما عند ابن أبي هريرة وابن القطان والإمام وغيرهم: لا، والقولان فيما إذا جرى ذلك بشهوة. فأمَّا المَسُّ بغيرِ شهوةٍ، فلا أثر له على المذهب، وبه قطع الجمهور. اهـ.

(٢) أي: وعلى هذا الخلاف.

(٣) قال النووي في الروضة (٥/ ٤٥٦) دار الكتب العلمية: ولو طلَّق امرأتَه طلاقاً بائناً، فله نكاحُ أختِها في عدَّتِها، وإن كان رجعيَّاً لم تَحِلَّ أختُها حتَّى تنقضي عدَّتُها. اهـ.

ولا يَتَزَوَّجُ المَولَى أمَتَهُ، ولا المَرأةُ عَبْدَها. ....

لانقطاعِ النِّكاحِ بالكلِّيَّة إعمالاً للقاطِعِ(١)، ولهذا لو وَطِئها مع العلمِ بالحرمة يَجِبُ الحَدُّ.

ولنا: أنَّ نكاحَ الأولى قائمٌ لِبَقاءِ أحكامِهِ، كالنَّفقةِ والمَنْعِ(٢) والفراشِ، والقاطعُ تأخَّرَ عمَلُه، ولهذا بَقِي القيدُ(٣). والحدُّ لا يَجِبُ على إشارةِ كتاب الطَّلاق(٤)، وعلى عبارةِ كتابِ الحُدودِ يَجِبُ؛ لأنَّ المِلكَ قد زال في حقِّ الحِلِّ، فيتحقَّق الزِّنا، ولم يرتفع في حقِّ ما ذكرنا(٥)، فيصيرُ جامعاً.

(ولا يَتَزَوَّجُ المَولَى أمَتَهُ، ولا المَرأةُ عَبْدَها)؛ لأنَّ النِّكاحَ ما شُرع إلَّا مُثمِراً ثمراتٍ مُشتَرَكةٍ بين المُتناكِحَينِ، والمَملوكيَّةُ تُنافي المالكيَّةَ، فَيمتنعُ وقوعُ الثَّمرةِ على الشَّركةِ.

---

(١) وهو الطَّلاق البائنُ والثَّلاثُ.

(٢) أي: من الخروج.

(٣) أي: ولتأخُّر عمل القاطع بقي قيدُ النِّكاح، في حقِّ التَّزوُّج بزوجٍ آخر، وفي حقِّ الخروج أثناء العدَّة، وحقِّ منعِ الزَّوجِ من تزوُّج أختِ زوجته أو خامسة.

(٤) قوله: «والحدُّ لا يَجِب» جوابٌ عن قوله: «ولهذا لو وَطِئها مع العلم بالحرمةِ وَجَب الحدُّ».
ووجهه: أنَّا لا نُسلِّم وجوبَه على إشارة كتاب الطَّلاق. وهو ما قال: «معتدَّةٌ عن طلاقٍ ثلاث، جاءت بولد لأكثر من سنتين من يوم طلَّقها زوجها، لم يكن الولدُ للزَّوج إذا أنكره»، ففي قوله: لا يثبت نسبُهُ منه إذا أنكره دليلٌ على أنَّه لو ادَّعاه ثبت نسبه منه، ففيه إشارةٌ إلى أنَّ الوطء في العدَّة من طلاقٍ ثلاث لا يكون زناً، إذ لو كان زناً لَما ثبت به النَّسب وإن ادَّعى.
ولئن سلمنا ذلك بناء على ما يدلُّ عليه عبارة كتاب الحدود وهي ما قال: «إنَّ مَن طلَّق امرأته ثلاثاً ثمَّ وطئها في العدَّة يجب عليه الحدُّ إذا لم يدَّعِ الشُّبهة»، فذاك باعتبار أنَّ المِلك في حقِّ الحِلِّ قد زال فيتحقَّقُ الزِّنا لِوقوع الوطء في غير المِلك، ولم يَزُل في حقِّ ما ذكرنا من النَّفقة والمَنع والفراش؛ لأنَّا قد اتَّفقنا على بقاء المَنع من الخروج والفراش، ولم يكن ذلك إلَّا باعتبار الحكم بقيام النِّكاح، فقلنا بقيامه في حقِّ التَّزوُّج بالأخت احتياطاً في التَّفادي عن الجمع بين الأختين. عناية.

(٥) أي: من النَّفقةِ والمنعِ من الخروجِ والفراشِ.

وَيَجوزُ تَزوِيجُ الكتابيَّاتِ. ولا يَجُوزُ تَزوِيجُ المَجُوسِيَّاتِ ولا الوَثَنيَّاتِ. ويَجوزُ تَزويجُ الصَّابئيَّاتِ إنْ كانُوا يُؤمِنُونَ بِدِينِ نَبِيٍّ ويُقِرُّونَ بكتابٍ، وإنْ كانُوا يَعبُدُونَ الكواكِبَ ولا كتابَ لَهمْ لَمْ تَجُزْ مُناكَحَتُهُمْ. ....

(وَيَجوزُ تَزوِيجُ الكتابيَّاتِ)؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ﴾[المَائدة: ٥] أي: العفائف. ولا فرقَ بين الكتابيَّةِ الحرَّةِ والأمةِ على ما نُبيِّنُ من بعدُ إن شاء الله.

(ولا يَجُوزُ تَزوِيجُ المَجُوسِيَّاتِ)؛ لقوله ﷺ: «سُنُّوا بهم سنَّةَ أهلِ الكتابِ غيرَ ناكحي نِسائِهم ولا آكلي ذبائحهم[(١)]».

قال: (ولا الوَثَنيَّاتِ)؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾[البَقَرَة: ٢٢١].

(ويَجوزُ تَزويجُ الصَّابئيَّاتِ[(٢)] إنْ كانُوا يُؤمِنُونَ بِدِينِ نَبِيٍّ ويُقِرُّونَ بكتابٍ)؛ لأنَّهم من أهل الكتاب، (وإنْ كانُوا يَعبُدُونَ الكواكِبَ ولا كتابَ لَهمْ لَمْ تَجُزْ مُناكَحَتُهُمْ)؛ لأنَّهم مُشرِكون.

والخلافُ المنقولُ فيه محمولٌ على اشتباه مَذهبِهم، فكلٌّ أجابَ على ما وَقَع عنده[(٣)]، وعلى هذا حِلُّ ذَبيحتهم.

---

(١) قال الزيلعي (٣/ ١٧٠): غريبٌ بهذا اللفظ. وأخرج ابن أبي شيبة في مصنَّفه، كتاب السير، باب: ما قالوا في المجوس تكون عليهم جزية (٣٢٦٤٥)، وعبد الرزَّاق في مصنَّفه، في كتاب أهل الكتاب، باب: أخذُ الجزيةِ من المجوس (١٠٠٢٨) عن الحسن بن محمد بن علي قال: كتبَ رسولُ اللهِ ﷺ إلى مَجوسِ هَجَر يَعرِضُ عليهمُ الإسلامَ، فمَنْ أسلَمَ قُبِلَ منه، ومَن أبى ضَرَبتُ عليه الجزيةَ، على أن لا تُؤكَلَ لهم ذَبيحةٌ، ولا تُنكَحَ لهم امرأةٌ».

(٢) «الصَّابئيَّات» من صبأ: إذا خرج من الدِّين، وهم قوم عَدَلوا عن دين اليهودية والنَّصرانيَّة وعبدوا الكواكب. وذَكَر في الصَّحاح أنَّهم جنسٌ من أهل الكتاب، والتَّفصيلُ المذكورُ في حُكمِهم مبنيٌّ على هذين التَّفسيرين. عناية.

(٣) أي: الخلافُ بين الإمامِ القائلِ بالحلِّ بناءً على تفسيره بأنَّ لهم كتاباً، ولكنَّهم يُعظِّمون الكواكبَ كتعظيم المسلمِ الكعبةَ، وبين صاحبيه القائلين بِعَدَم الحِلِّ بناءً على أنَّهم يعبدون الكواكب. قال في الفتح: فلو اتُّفِق على تفسيرهم اتُّفِق على الحُكم فيهم.

وقال في البحر: وظاهرُ الهداية أنَّ مَنْعَ مُناكحتهم مقيَّدٌ بقيدين، عبادةِ الكواكب وعَدَمِ الكتاب، فلو كانوا =

ويَجُوزُ لِلمُحرِمِ والمُحرِمَةِ أنْ يَتَزَوَّجا في حالَةِ الإحرامِ. ويَجوزُ تَزَوُّجُ الأمةِ، مُسلِمَةً كانت أو كتابِيَّةً، ....

مطلب: زواج المحرم والمحرمة

قال: (ويَجُوزُ لِلمُحرِمِ والمُحرِمَةِ أنْ يَتَزَوَّجا في حالَةِ الإحرامِ).

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ[1]: لا يجوز.

وتزويجُ الوليِّ المُحرِمِ وَليَّته على هذا الخلاف. له: قولُه ﷺ: «لا يَنكِح المُحرِمُ ولا يُنكَح[2]». ولنا: ما روي أنَّه ﷺ تزوَّجَ بِمَيمونةَ وهو مُحرِمٌ[3].

وما رواه مَحمولٌ على الوطء.

مطلب: تزوّج الأمة

(ويَجوزُ تزوُّجُ الأمةِ، مُسلِمَةً كانت أو كتابِيَّةً).

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ[4]: لا يجوزُ للحرِّ أن يَتزوَّج بأمةٍ كتابيَّة؛ لأنَّ جوازَ نكاحِ

= يعبدون الكواكبَ ولهم كتابٌ تجوزُ مناكحَتُهم، وهو قولُ بعض المشايخ، زعموا أنَّ عبادة الكواكب لا تُخرِجهم عن كونهم أهل كتاب، والصَّحيحُ أنَّهم إن كانوا يعبدونها حقيقةً فليسوا أهل كتاب، وإن كانوا يعظِّمُونها كتعظيم المسلمين للكعبة، فهم أهل كتاب، كذا في المجتبى. اهـ رد المحتار.

(١) قال الرافعي في الشرح الكبير(٧/ ٤٨١) دار الفكر: لا يَنعقِدُ نكاحُ المُحرِمِ ولا إنكاحُهُ ولا نكاحُ المُحرِمة. اهـ، وانظر روضة الطالبين (٢/ ٤١٨) ط دار الكتب العلمية.

(٢) أخرجه الجماعةُ إلَّا البخاري، وهو عند مسلم في النكاح، باب: تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبته (١٤٠٩) عثمان بن عفان يقول قال رسول الله ﷺ: «لا يَنكِحُ المُحرِمُ ولا يُنكَحُ ولا يَخطُبُ».

(٣) أخرجه الأئمَّةُ السِّتَّةُ، وهو عند البخاري في أبواب الإحصار، باب: تزويج المحرم (١٧٤٠)، ومسلم في النكاح، باب: تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبته (١٤١٠) عن ابن عباس: «أنَّ النَّبيَّ ﷺ تزوَّجَ مَيمونةَ وهو مُحرِمٌ».

(٤) قال النووي في المجموع (١٦/ ٢٣٨) ط دار الفكر: لا يجوزُ للحرِّ المسلم نكاحُ الأمةِ المُشركِهِ، سواءٌ كانت وثنيةً أو كتابيَّةً، ويجوزُ للحرِّ المسلمِ أن يَنكِحَ الأمةَ المسلمةَ بِشَرطين: أحدُهما: أن يكونَ عادماً لِلطَّولِ، وهو مَهرُ حُرَّةٍ. والثاني: أن يكون خائفاً من العنت. اهـ مختصرا.

ولا يَتَزَوَّجُ أمَةً على حُرَّةٍ، ....

الإماءِ ضروريٌّ عنده؛ لِما فيه من تعريضِ الجزءِ على الرِّقِّ، وقد اندفعت الضَّرورةُ بالمسلمة، ولهذا جَعَل طَوْلَ الحُرَّةِ مانعاً منه.

وعندنا الجوازُ مُطلَقٌ؛ لإطلاق المُقتَضي[1]، وفيه امتناعٌ عن تحصيل الجزءِ الحُرِّ لا إرقاقُهُ، وله أنْ لا يُحَصِّلَ الأصلَ، فيكونُ له أن لا يُحصِّل الوصفَ[2].

(ولا يَتَزَوَّجُ أمَةً على حُرَّةٍ)؛ لقوله ﷺ: «لا تُنكَح الأمَةُ على الحُرَّة[3]»، وهو بإطلاقِهِ حجَّةٌ على الشَّافعيِّ رحمه الله[4] في تَجويزِه ذلك للعبد[5]. وعلى مالك رحمه الله في تجويزه ذلك برضا الحرَّة[6].

ولأنَّ للرِّقِّ أثراً في تَنصيفِ النِّعمةِ على ما نُقرِّره في كتاب الطَّلاق إن شاء الله، فيثبتُ به حِلُّ المَحلِّيَّة في حالةِ الانفرادِ دونَ حالةِ الانضمام[7].

---

(١) وهو قوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾[النِّساء: ٣]، وقوله: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ﴾[النِّساء: ٢٤].

(٢) التَّقدير: أنَّ له أن لا يُحصِّل الأصلَ - وهو الولد - بالعزل برضا المرأة، وبِتزوُّجِ العجوزِ والعقيمِ، فلأن يكون له أن لا يُحصِّل وَصْفَ الحرِّيَّة بتزوُّج الأمة أولى. عناية.

(٣) أخرج الدار قطني في سننه، كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره (١١٢) عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «طلاقُ العبدِ تَطليقتانِ، ولا تَحِلُّ له حتَّى تَنكِحَ زوجاً، وقَرءُ الأمةِ حَيضتان، وتُزوَّجُ الحُرَّةُ على الأمة، ولا تُزوَّجُ الأمةُ على الحُرَّة».
أخرج عبد الرزاق في الطلاق، باب: نكاح الأمة على الحرة (١٣٠٨٩) عن جابر بن عبد الله: «لا تُنكَحُ الأمةُ على الحُرَّةِ، وتُنكَحُ الحُرَّةُ على الأمة».

(٤) انظر الحاوي الكبير (١١/ ٣٢٩) ط دار الفكر الطبعة الأولى، والوسيط في المذهب (٥/ ١٢١) ط دار السلام.

(٥) أي: يجوز عنده للعبد أن يتزوَّج الأمةَ على الحرَّة.

(٦) مذهب المالكية: يجوز للحرِّ أن يتزوَّجَ أمةً ولو كتابيَّةً إن لم يجد مالاً يتزوَّج به حرَّةً، وإن كان تحتَهُ حرَّةٌ لم تُعِفَّهُ. ومن مذهبِه: أنَّ الحرَّةَ إن تزوَّجتِ الحُرَّ فوجدت عندَهُ زوجةٌ أمةٌ، لم تَعلَمْها حالَ عقدِهِ عليها، تخيَّرُ في نفسِها بطلقةٍ واحدةٍ بائنةٍ، فإن أوقعت أكثرَ منها لم تلزم الزَّوج، وقيل: لزمته. انظر حا الدسوقي (٢٦٢-٢٦٣)، وجواهر الإكليل (١/ ٢٩٣).

(٧) حالةُ الانفراد هي أن يتزوَّج الأمةَ وليس تحته حرَّة. وحالة الانضمام هي أن يتزوج الأمةَ على الحرَّة.

وَيَجُوزُ تَزوِيجُ الحُرَّةِ عليها ، فإنْ تَزَوَّجَ أمَةً على حُرَّةٍ في عِدَّةٍ مِنْ طَلاقٍ بائنٍ أو ثَلاثٍ، لم يَجُزْ عند أبي حنيفة ، ويَجُوزُ عندهما . ولِلْحُرِّ أنْ يَتَزَوَّجَ أربعاً مِنَ الحَرائِرِ والإماءِ، وليس لَهُ أنْ يَتَزَوَّجَ أكثَرَ مِنْ ذلك، ولا يَجُوزُ لِلعَبدِ أنْ يَتَزَوَّجَ أكثَرَ مِن اثنَتَينِ، .....

(ويَجُوزُ تَزوِيجُ الحُرَّةِ عليها)؛ لقوله ﷺ: «وتُنكَح الحرَّةُ على الأمة[1]»، ولأنَّها من المُحَلَّلاتِ في جميعِ الحالاتِ، إذ لا مُنصِّف في حقِّها.

(فإنْ تَزَوَّجَ أمَةً على حُرَّةٍ في عِدَّةٍ مِنْ طَلاقٍ بائنٍ أو ثَلاثٍ، لم يَجُزْ عند أبي حنيفة، ويَجُوزُ عندهما)؛ لأنَّ هذا ليس بتزوُّجٍ عليها، وهو المُحرَّمُ، ولهذا لو حَلَف لا يتزوَّجُ عليها لم يَحنَث بهذا.

و لأبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ: أنَّ نكاح الحرَّةِ باقٍ من وجهٍ لِبقاء بعضِ الأحكام، فيبقى المنعُ احتياطاً، بخلاف اليمين؛ لأنَّ المقصودَ أن لا يُدخِلَ غيرَها في قَسْمِها.

(ولِلْحُرِّ أنْ يَتَزَوَّجَ أربعاً مِنَ الحَرائِرِ والإماءِ، وليس لَهُ أنْ يَتَزَوَّجَ أكثَرَ مِنْ ذلك)؛ لقوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ [النساء: ٣]، والتَّنصيصُ على العددِ يَمنَعُ الزِّيادةَ عليه.

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ[2]: لا يَتزوَّجُ إلا أمةً واحدةً؛ لأنَّه ضروريٌّ عنده.

والحُجَّةُ عليه ما تلونا؛ إذِ الأمَةُ المنكوحةُ يَنتَظِمُها اسمُ النِّساء كما في الظِّهار.

(ولا يَجُوزُ لِلعَبدِ أنْ يَتَزَوَّجَ أكثَرَ مِن اثنَتَينِ).

وقال مالك[3]؛ يَجوزُ؛ لأنَّه في حقِّ النِّكاحِ بمنزلةِ الحرِّ عنده، حتَّى مَلَكَه بغيرِ إذنِ المولى.

ولنا: أنَّ الرِّقَّ منصِّفٌ، فيتزوَّجُ العبدُ اثنتين، والحرُّ أربعاً إظهاراً لِشَرفِ الحرِّيَّة.

---

(١) تقدَّم قبل أسطر.

(٢) انظر المجموع (١٦) (٢٣٩) ط دار الفكر، وروضة الطالبين (٧/ ١٢٩) وما بعدها ط المكتب الإسلامي.

(٣) انظر حا الدسوقي (٢/ ٢٥٢)، والخرشي على مختصر خليل، وبهامشه حا العدوي (٣/ ٢١٠).

فإنْ طَلَّقَ الحُرُّ إحدى الأربَعِ طَلاقاً بائناً، لَمْ يَجُزْ لَهُ أنْ يَتَزَوَّجَ رابِعَةً حتَّى تَنقَضِيَ عِدَّتُها. وإنْ تَزَوَّجَ حُبْلَى مِنْ زِنا جازَ النِّكاحُ، ولا يَطَؤُها حتَّى تَضَعَ حَمْلَها، وإنْ كان الحَمْلُ ثابِتَ النَّسَبِ فالنِّكاحُ باطلٌ بالإجماع، فإنْ تَزَوَّجَ حامِلاً مِنَ السَّبْيِ، فالنِّكاحُ فاسِدٌ، ....

قال: (فإنْ طَلَّقَ الحُرُّ إحدى الأربَعِ طَلاقاً بائناً، لَمْ يَجُزْ لَهُ أنْ يَتَزَوَّجَ رابِعَةً حتَّى تَنقَضِيَ عِدَّتُها)، وفيه خلافُ الشَّافعيِّ[1]، وهو نظيرُ نكاح الأختِ في عِدَّةِ الأخت.

مطلب: تزوّج الحبلى من الزنا

قال: (وإنْ تَزَوَّجَ حُبْلَى مِنْ زِنا جازَ النِّكاحُ، ولا يَطَؤُها حتَّى تَضَعَ حَمْلَها)، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: النِّكاحُ فاسدٌ. (وإنْ كان الحَمْلُ ثابِتَ النَّسَبِ فالنِّكاحُ باطلٌ بالإجماع).

لأبي يوسف: أنَّ الامتناعَ في الأصل لِحُرمةِ الحَمْلِ، وهذا الحَمْلُ مُحترَمٌ؛ لأنَّه لا جنايةَ منه، ولهذا لم يَجُزْ إسقاطُهُ.

ولهما: أنَّها من المُحلَّلاتِ بالنَّصِّ[2]، وحرمةُ الوطءِ كيلا يَسقي ماؤه زَرْعَ غيرِهِ، والامتناعُ في ثابتِ النَّسبِ لِحَقِّ صاحبِ الماء، ولا حرمةَ للزَّاني.

(فإنْ تَزَوَّجَ حامِلاً مِنَ السَّبْيِ، فالنِّكاحُ فاسِدٌ)؛ لأنَّه ثابتُ النَّسب.

---

(١) قال النووي في المجموع (١٦/ ٢٢٧) ط دار الفكر: وإن تزوّج بامرأةٍ ثمّ طلّقها وأراد أن يتزوّجَ بأختها، أو عمّتِها، أو خالتها، أو تزوّج أربعَ نسوةٍ وطلّقهنّ وأراد أن ينكحَ أربعاً غيرَهُنّ، أو طلّقَ واحدةً منهنّ وأراد أن يتزوّجَ غيرَها: فإن كان الطّلاقُ قبلَ الدُّخولِ يصحُّ تزويجُهُ بلا خلافٍ؛ لأنّه لا عدّةَ له على المُطلّقة، وإن كان بعدَ الدُّخولِ فإن كان الطّلاقُ رجعيّاً لم يصحَّ تزويجُهُ قبلَ انقضاءِ العِدّةِ، لأنَّ المطلّقةَ في حكمِ الزّوجاتِ، وإن كان الطّلاقُ بائناً صحّ تزويجُهُ عندنا قبل انقضاءِ العدّة. اهـ.

(٢) وهو قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النِّساء: ٢٤].

وإنْ زَوَّج أمَّ ولدِهِ وهي حاملٌ مِنهُ فالنِّكاحُ باطلٌ. ومَن وَطِئَ جاريتَهُ، ثمَّ زَوَّجها جازَ النِّكاحُ، وإذا جازَ النِّكاحُ فَلِلزَّوجِ أن يَطأها قبلَ الاستبراءِ، وكذا إذا رَأى امرأةً تزني فَتزوَّجَها، حَلَّ لَهُ أنْ يَطَأها قبلَ أن يَستبرِئها عندهما، وقال محمد: لا أُحِبُّ له أنْ يَطأها ما لم يَستَبْرِئها. ونكاحُ المُتعَةِ باطلٌ. ....

(وإنْ زَوَّج أمَّ ولدِهِ وهي حاملٌ مِنهُ فالنِّكاحُ باطلٌ)؛ لأنَّها فراشٌ لمولاها؛ حتَّى يَثبُتُ نَسبُ ولدِها منه مِن غيرِ دعوى، فلو صَحَّ النِّكاحُ لَحَصَل الجمعُ بين الفِراشَين، إلَّا أنَّه[1] غيرُ متأكِّدٍ حتَّى ينتفي الولدُ بالنَّفي من غيرِ لِعانٍ، فلا يُعتَبرُ[2] ما لم يَتَّصل به الحملُ.

قال: (ومَن وَطِئَ جاريتَهُ، ثمَّ زَوَّجها جازَ النِّكاحُ)؛ لأنَّها ليست بِفِراشٍ لمولاها، فإنَّها لو جاءت بولدٍ لا يَثبُتُ نَسبُه من غير دعوةٍ، إلَّا أنَّ عليه أن يستبرِئها صيانةً لمائِهِ. (وإذا جازَ النِّكاحُ فَلِلزَّوجِ أن يَطأها قبلَ الاستبراءِ) عند أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، قال محمد رَحِمَهُٱللَّهُ: لا أحِبُّ له أن يَطأها حتَّى يَستبرِئها؛ لأنَّه احتَمَل الشُّغلَ بماءِ المولى فوجَبَ التَّنزُّه كما في الشِّراء.

ولهما: أنَّ الحكمَ بجوازِ النِّكاح أمارةُ الفَراغِ، فلا يُؤمَرُ بالاستبراءِ لا استحباباً ولا وجوباً، بخلاف الشِّراءِ لأنَّه يَجوزُ مع الشُّغل.

(وكذا إذا رَأى امرأةً تَزني فَتزوَّجَها، حَلَّ لَهُ أنْ يَطَأها قبلَ أن يَستبرِئها عندهما، وقال محمد: لا أُحِبُّ له أنْ يَطأها ما لم يَستَبْرِئها)، والمعنى ما ذكرنا.

نكاح المتعة باطل وكذا المؤقت

قال: (ونكاحُ المُتعَةِ باطلٌ)، وهو: أن يقولَ لامرأةٍ: «أتمتَّعُ بكِ كذا مدَّةً بكذا من المال».

---

(١) أي: أمُّ الولد فراشٌ غير قويٍّ ما لم يتَّصل به حملٌ.

(٢) أي: الفراش.

والنِّكاحُ المؤقَّتُ باطِلٌ. ....

وقال مالك: هو جائز؛ لأنَّهُ كان مباحاً، فيبقى إلى أن يَظهَر ناسخُهُ[1].

قلنا: ثبَتَ النَّسخُ بإجماعِ الصَّحابةِ رضي الله عنهم، وابنُ عبَّاس رضي الله عنهما صَحَّ رجوعُه إلى قولهم، فتقرَّرَ الإجماع[2].

(والنِّكاحُ المؤقَّتُ باطِلٌ)، مِثلُ أن يتزوَّجَ امرأةً بشهادةِ شاهِدَينِ إلى عَشرَةِ أيَّامٍ، وقالَ زفر: هو صحيحٌ لازِمٌ؛ لأنَّ النِّكاحَ لا يَبطُلُ بالشُّروطِ الفاسدةِ.

ولنا: أنَّه أتَى بِمَعنى المُتعَةِ، والعِبرةُ في العُقودِ لِلمعاني.

ولا فَرقَ بين ما إذا طالت مدَّةُ التَّأقيتِ أو قَصُرت؛ لأنَّ التَّأقيتَ هو المُعيِّنُ لجهة المُتعةِ، وقد وُجد.

---

(١) قال في الفتح: نسبته إلى مالك غلط. اهـ وذلك لأنَّ المنصوصَ عليه في كتب المالكيَّة هو التحريم، قال الدردير في الشرح الكبير، في أقسام النكاح الفاسد: أشار للقسم الثَّالث - وهوما يفسخ مطلَقاً - بقوله: (و) فُسِخ النِّكاح (مُطلَقاً) قبل الدُّخول وبعده (كالنِّكاح لأجَلٍ) عيَّن الأجل أولا، وهو المسمَّى بنكاح المتعة، ويُفسَخ بغير طلاق، وقيل: به. ويُعاقَب فيه الزَّوجان على المذهب، وقيل: يُحدَّان. اهـ فحذار أن يلتبس عليك الأمر.
انظر (٢٣٨-٢٣٩)، والخرشي على مختصر خليل (١٩٦/٣).

(٢) أخرج مسلم في النكاح، باب: نكاح المتعة وبيان أنه أبيح ثم نسخ (١٤٠٥) عن إياس بن سلمة عن أبيه قال: رَخَّصَ رسولُ الله ﷺ عامَ أوطاس في المُتعةِ ثلاثاً، ثمَّ نهى عنها.
وأخرج برقم (١٤٠٦) عن الرَّبيع بن سَبُرة الجُهني أنَّ أباه حَدَّثه أنَّه كان مع رسول الله ﷺ فقال: «يا أيُّها النَّاسُ إنِّي قد كنت أذنت لكم في الاستمتاع من النِّساء، وإنَّ الله قد حرَّم ذلك إلى يوم القيامة، فمن كان عنده مِنهنَّ شيءٌ فَليُخَلِّ سبيلَهُ، ولا تأخذوا مِمَّا آتيتموهُنَّ شيئاً».
وفي لفظ له: «ألا إنَّها حرامٌ مِن يَومِكم هذا إلى يوم القيامةِ، ومَن كان أعطى شيئاً فلا يأخذه».
ورجوع ابن عباس رواه الترمذي في النكاح، باب: تحريم نكاح المتعة (١١٢٢) عن ابن عباس قال: إنَّما كانت المُتعةُ في أوَّلِ الإسلام، كان الرَّجلُ يَقدَمُ البلدةَ ليس له بها مَعرِفةٌ، فيتزوَّجُ المرأةَ بِقَدرِ ما يرى أنَّه يُقيم، فَتَحفَظُ له مَتاعَهُ، وتُصلِحُ له شيئه، حتَّى إذا نزلت الآية ﴿إِلَّا عَلَىٰٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُهُمۡ﴾ [المؤمنون: ٦]، قال ابن عباس: فكلُّ فرجٍ سوى هذين فهو حرامٌ.

وَمَنْ تَزَوَّجَ امرأتين في عُقْدَةٍ واحدةٍ، وإحداهما لا يَحِلُّ له نِكاحُها، صَحَّ نِكاحُ التي يَحِلُّ نِكاحُها، وبَطَلَ نِكاحُ الأخرى. ومَنِ ادَّعَتْ عليه امرأةٌ أنَّهُ تَزَوَّجَها، وأقامَتْ بَيِّنَةً، فَجَعَلَها القاضي امرأتَهُ، ولَمْ يَكُنْ تَزَوَّجَها وَسِعَها المُقامُ مَعَهُ، وأنْ تَدَعَهُ يُجامِعُها.

(وَمَنْ تَزَوَّجَ امرأتين في عُقْدَةٍ واحدةٍ، وإحداهما لا يَحِلُّ له نِكاحُها، صَحَّ نِكاحُ التي يَحِلُّ نِكاحُها، وبَطَلَ نِكاحُ الأخرى)؛ لأنَّ المُبطِل في إحداهما.

بخلاف ما إذا جَمَع بين حرٍّ وعبدٍ في البيع؛ لأنَّه يَبطُل بالشُّروطِ الفاسدة، وقَبولُ العَقدِ في الحرِّ شرطٌ فيه.

ثمَّ جميعُ المُسمَّى للتِّي يحلُّ نِكاحُها عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وعندهما: يُقسَم على مهر مِثلَيهما، وهي مسألة الأصل.

(ومَنِ ادَّعَتْ عليه امرأةٌ أنَّهُ تَزَوَّجَها، وأقامَتْ بَيِّنَةً، فَجَعَلَها القاضي امرأتَهُ، ولَمْ يَكُنْ تَزَوَّجَها وَسِعَها المُقامُ مَعَهُ، وأنْ تَدَعَهُ يُجامِعُها) وهذا عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وهو قولُ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ أوَّلاً، وفي قوله الآخِر - وهو قول محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ - لا يَسَعُه أن يطأها، وهو قولُ الشَّافعيِّ؛ لأنَّ القاضي أخطأ الحُجَّةَ إذِ الشُّهودُ كَذَبةٌ، فصار كما إذا ظَهَر أنَّهم عبيدٌ أو كفَّار.

ولأبي حنيفة: أنَّ الشُّهودَ صَدَقةٌ عنده، وهو الحجَّةُ لِتعذُّر الوقوفِ على حقيقةِ الصِّدقِ، بخلافِ الكفرِ والرِّقِّ؛ لأنَّ الوقوفَ عليهما مُتيسِّر، وإذا ابتُني القضاءُ على الحجَّةِ وأمكن تنفيذُهُ باطناً بتقديم النِّكاحِ، نفَذَ قطعاً للمنازَعةِ، بخلاف الأملاكِ المرسَلَة[1]؛ لأنَّ في الأسباب تَزاحُماً، فلا إمكان، والله أعلم.

(١) أي: المُطلَقة عن إثبات سبب المِلك، بأن ادَّعى مِلكاً مطلقا في الجارية أو الطعام من غير تعيينٍ بشراءٍ أو إرثٍ، حيث لا ينفذ القضاءُ إلَّا ظاهراً بالاتِّفاق، حتَّى لا يحلُّ للمَقضيِّ له وَطؤها، لأنَّ أسبابَ المِلك متعدِّدة، والقاضي لا يملك تحديدَ سببٍ دون غيره إلَّا ببيِّنة، ولم توجد.

باب في الأولياء والأكفاء

ويَنعَقِدُ نِكاحُ الحُرَّةِ العاقِلَةِ البالِغَةِ بِرِضاها وإنْ لَمْ يَعْقِدْ عليها وَلِيٌّ، بِكراً كانت أو ثَيِّباً عند أبي حنيفة وأبي يوسف في ظاهِرِ الرِّوايةِ، وعن أبي يوسف: أَنَّهُ لا يَنعَقِدُ إلَّا بِوَلِيٍّ، وعند محمد: يَنعَقِدُ مَوقوفاً. ....

(باب في الأولياء والأكْفاء)

(ويَنعَقِدُ نِكاحُ الحُرَّةِ العاقِلَةِ البالِغَةِ بِرِضاها وإنْ لَمْ يَعْقِدْ عليها وَلِيٌّ، بِكراً كانت أو ثَيِّباً عند أبي حنيفة وأبي يوسف في ظاهِرِ الرِّوايةِ، وعن أبي يوسف: أَنَّهُ لا يَنعَقِدُ إلَّا بِوَلِيٍّ، وعند محمد: يَنعَقِدُ مَوقوفاً).

وقال مالك[١] والشَّافعيُّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ[٢]: لا يَنعقِدُ النِّكاحُ بعبارةِ النِّساءِ أصلاً؛ لأنَّ النِّكاحَ يُرادُ لِمَقاصدِهِ، والتَّفويضُ إليهنَّ مُخِلٌّ بها، إلَّا أنَّ محمَّداً رَحِمَهُٱللَّهُ يقول: يَرتفِعُ الخَلَل بإجازةِ الوليِّ.

ووجهُ الجواز: أنَّها تَصرَّفت في خالِصِ حقِّها، وهي من أهلِهِ؛ لكونها عاقلةً مميِّزةً، ولهذا كان لها التَّصرُّفُ في المال، ولها اختيارُ الأزواجِ، وإنَّما يُطالَبُ الوَليُّ بالتَّزويجِ كيلا تُنسَبَ إلى الوَقاحة.

ثمَّ في ظاهرِ الرِّوايةِ لا فرقَ بين الكُفءِ وغيرِ الكُفءِ، ولكن للوليِّ الاعتراضُ في غير الكفء. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف: أنَّه لا يَجوزُ في غير الكُفءِ؛ لأنَّه كم من واقعٍ لا يُرفَع. ويُروى رجوعُ محمَّد إلى قولهما.

---

(١) مذهب المالكية: أنَّ الوليَّ ركن من أركان النِّكاح. انظر الشرح الكبير المطبوع بهامش حا الدسوقي (٢/ ٢٢٠).

(٢) قال النووي في روضة الطالبين (٥/ ٣٩٧) ط الكتب العلمية: ولا تصحُّ عبارةُ المرأةِ في النِّكاحِ إيجاباً وقبولاً، فلا تُزوِّجُ نفسَها بإذنِ الوليِّ ولا بغير إذنه، ولا غيرَها، لا بولايةٍ ولا وكالةٍ.

ولا يَجُوزُ لِلوَلِيِّ إجبارُ البِكْرِ البالِغَةِ على النِّكاحِ، وإذا استأذَنَها الوَلِيُّ فَسَكَتَتْ، أو ضَحِكَتْ، فهو إذنٌ، ....

تزويج البالغة

(ولا يَجُوزُ لِلوَلِيِّ إجبارُ البِكْرِ البالِغَةِ على النِّكاحِ)، خلافاً للشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللهُ[(١)].

له: الاعتبارُ بالصَّغيرةِ، وهذا لأنَّها جاهلةٌ بأمرِ النِّكاحِ؛ لعَدَمِ التَّجربةِ، ولهذا يَقبِضُ الأبُ صَداقَها بِغَير أمرِها.

ولنا: أنَّها حرَّةٌ مُخاطَبَةٌ، فلا يكونُ للغير عليها وِلايةُ الإجبارِ، والولايةُ على الصَّغيرةِ لِقُصورِ عَقلِها، وقد كَمُل بالبلوغ، بدليل توجُّهِ الخِطاب فصار كالغلام[(٢)]، وكالتَّصرُّف في المال[(٣)].

وإنَّما يَملِك الأبُ قَبْضَ الصَّداق بِرِضاها دِلالةً، ولهذا لا يَملِك مع نَهيها.

قال: (وإذا استأذَنَها الوَلِيُّ فَسَكَتَتْ، أو ضَحِكَتْ، فهو إذنٌ)؛ لقوله ﷺ: «البِكرُ تُستأمَرُ في نَفسِها، فإن سكتَتْ فقد رضِيَت[(٤)]»، ولأنَّ جهةَ الرِّضا فيه راجحةٌ؛ لأنَّها تَستحيي عن إظهارِ الرَّغبةِ، لا عن الرَّدِّ، والضَّحكُ أدلُّ على الرِّضا من السُّكوتِ، بخلاف ما إذا بَكَت؛ لأنَّه دليلُ السُّخطِ والكراهةِ.

---

(١) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٣/ ١٩٣) ط دار الفكر: (وللأب) ولايةُ الإجبارِ، وهي (تَزويجُ) ابنتِهِ (البكرِ، صغيرةً أو كبيرةً) عاقلةً أو مجنونةً إن لم يكن بينه وبينها عداوةٌ ظاهرةٌ، (بِغَيرِ إذنِها)، (ويُستَحَبُّ استئذانُها). اهـ باختصار.

(٢) أي: فصار إجبارها بعد البلوغ كإجبار الغلام بعد البلوغ، وهو لا يصحُّ.

(٣) وتصرُّفُ الأب في المال البالغة بدون رضاها لا يجوز.

(٤) أخرج الأئمَّةُ السِّتَّةُ، والحديثُ عند البخاري في النكاح، باب: لا يُنكِح الأبُ وغيرُهُ البكر والثيب إلا برضاها (٤٨٤٣)، ومسلم في النِّكاح، باب: استئذانِ الثَّيِّب بالنُّطق (١٤١٩) عن أبي هريرة أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «لا تُنكَحُ الأيِّمُ حتَّى تُستأمَر، ولا تُنكَحُ البِكرُ حتَّى تُستأذَن»، قالوا: يا رسول الله، وكيف إذنها؟ قال: «أن تَسكُتَ».

وإنْ فَعَلَ هذا غَيْرُ الوَلِيِّ أو وَليٌّ غَيْرُهُ أولَى منه، لم يَكُنْ رِضاً حتَّى تَتكَلَّمَ بِهِ. ولا تُشتَرَطُ تَسمِيَةُ المَهرِ، هو الصَّحيحُ. ولو زَوَّجها فَبَلَغَها الخَبَرُ فَسَكَتَتْ، فَهُو على ما ذكرنا. ....

وقيل إذا ضَحِكت كالمُستهزئةِ بما سَمِعتْ، لا يكون رضاً، وإذا بكَتْ بلا صوتٍ لم يكن ردَّاً.

قال: (وإنْ فَعَلَ هذا غَيْرُ الوَلِيِّ)، يعني: استأمر غيرُ الوليِّ (أو وَليٌّ غَيْرُهُ أولَى منه، لم يَكُنْ رِضاً حتَّى تَتكَلَّمَ بِهِ)؛ لأنَّ هذا السُّكوتَ لقلَّةِ الالتفافِ إلى كلامِهِ، فلم يَقَعْ دلالةً على الرِّضا، ولو وَقَعَ فهو مُحتَمِلٌ[1]، والاكتفاءُ بِمثلِهِ للحاجةِ، ولا حاجةَ في حقِّ غيرِ الأولياءِ، بخلافِ ما إذا كان المستأمِرُ رسولَ الوليِّ؛ لأنَّه قائمٌ مَقامَهُ.

ويُعتَبر في الاستئمارِ تسميةُ الزَّوجِ على وَجهٍ تَقَع به المَعرِفَةُ، لِتَظهَرَ رغبتُها فيه من رغبتها عنه.

(ولا تُشتَرَطُ تَسمِيَةُ المَهرِ، هو الصَّحيحُ)؛ لأنَّ النِّكاحَ صحيحٌ بدونه.

(ولو زَوَّجها فَبَلَغَها الخَبَرُ فَسَكَتَتْ، فَهُو على ما ذكرنا)؛ لأنَّ وَجهَ الدِّلالةِ في السُّكوتِ لا يَختلِفُ.

ثمَّ المُخبِرُ إن كان فُضوليَّاً يُشترطُ فيه العَدَدُ، أو العَدالةُ عند أبي حنيفة، خلافاً لهما. ولو كان رسولاً لا يُشترط إجماعاً، وله نظائر[2].

---

(١) يعني: يحتملُ الإذنَ والرَّدَّ.

(٢) أي: لهذا الخلاف الواقع بين أبي حنيفة وصاحبيه في إخبار الفضولي نظائرُ من المسائل، كعزل الوكيل وحجر المأذون وسكوت الشفيع عن الطَّلب، ففي الكلِّ يُشترطُ العددُ أو العدالةُ عند الإمام، خلافاً لصاحبيه. بناية بتصرف.

ولَوِ استأذَنَ الثَّيِّبَ فلا بُدَّ مِنْ رِضاها بِالقَوْلِ. وإذا زالَتْ بَكارَتُها بِوَثْبَةٍ، أو حَيضَةٍ، أو جِراحَةٍ، أو تَعنِيسٍ، فَهِيَ في حُكْمِ الأبكار، ولَوْ زالَتْ بِزِنا فَهِي كذلك عند أبي حنيفة. ....

(ولَوِ استأذَنَ الثَّيِّبَ[1] فلا بُدَّ مِنْ رِضاها بِالقَوْلِ)؛ لقوله ﷺ: «الثَّيِّبُ تُشاوَرُ[2]»؛ ولأنَّ النُّطقَ لا يُعدُّ عيباً منها، وقَلَّ الحياءُ بالمُمارَسَةِ، فلا مانعَ من النُّطقِ في حقِّها.

(وإذا زالَتْ بَكارَتُها بِوَثْبَةٍ، أو حَيضَةٍ، أو جِراحَةٍ، أو تَعنِيسٍ، فَهِيَ في حُكْم الأبكار)؛ لأنَّها بِكرٌ حقيقةً؛ لأنَّ مُصِيبَها أوَّلُ مُصيبٍ لها، ومنه الباكورةُ والبُكرةُ[3]، ولأنَّها تستحيي لِعَدمِ المُمارَسةِ.

(ولَوْ زالَتْ) بكارَتُها (بِزِنا فَهِي كذلك عند أبي حنيفة)، وقال أبو يوسف ومحمد والشَّافعيُّ رحمهما الله[4]: لا يُكتَفى بِسُكوتِها؛ لأنَّها ثيِّبٌ حقيقةً؛ لأنَّ مُصيبَها عائدٌ إليها[5]، ومنه[6] المَثُوبةُ والمَثابةُ والتَّثويب.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ: أنَّ النَّاسَ عَرَفوها بِكراً، فَيَعيبونَها بالنُّطق، فَتَمتنِعُ عنه، فَيُكتَفَى بِسُكوتِها كيلا تَتعطَّلَ عليها مصالِحُها، بخلاف ما إذا وُطِئت بِشُبهةٍ

---

(١) أي: الثَّيبَ الكبيرة، أمَّا الثَّيِّبُ الصَّغيرةُ فلا استئذانَ في حقِّها أصلاً، كالبِكر الصَّغيرة. فتح.

(٢) قال الزيلعي (٣/ ١٩٥): غريب بهذا اللفظ. وتقدَّم حديث «لا تنكح الأيِّم حتَّى تُستأمر ...».

(٣) «الباكورة» أوَّل الثِّمار. و«البُكرة» أوَّلُ النَّهار إلى طُلوعِ الشَّمسِ.

(٤) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٣/ ١٩٤) ط دار الفكر: (وتُزوَّجُ الثَّيِّبُ) العاقلةُ (البالغةُ بِصَريحِ الإذنِ) للأبِ أو غيرِهِ، ولا يكفي سكوتُها. اهـ وانظر الحاوي في الفقه (٩/ ٢٥٢) ط الكتب العلمية.

(٥) بمعنى أنَّ مُصيبها ليس بأوَّل مُصيب.

(٦) أي: ومن اشتقاق الثَّيِّب المَثوبةُ، وهو الثَّواب، سمِّي بها لأنَّها مَرجوعٌ إليها في العاقبة، ومنه المَثابةُ وهو الموضعُ الذي يُثاب، أي: يُرجَع إليه مرَّةً بعد أخرى. ومنه التَّثويب، وهو الدُّعاء مرَّة بعد أخرى. عناية بتصرف.

وإذا قال الزَّوجُ: «بَلَغَكِ النِّكاحُ فَسَكَتِّ»، وقالت: «رَدَدتُ»، فالقَولُ قَولُها. وإنْ أقامَ الزَّوجُ البَيِّنَةَ على سُكُوتِها ثَبَتَ النِّكاحُ. ويَجُوزُ نِكاحُ الصَّغيرِ والصَّغيرَةِ إذا زَوَّجهما الوَلِيُّ، بِكراً كانتْ الصَّغيرةُ أو ثَيِّباً. والوَلِيُّ هو العَصَبَةُ. ....

أو بنكاحٍ فاسد؛ لأنَّ الشَّرعَ أظهَرَه حيثُ علَّق به أحكاماً، أمَّا الزِّنا فقد نَدَب إلى سَتْرِهِ، حتَّى لو اشتَهَر حالُها لا يُكتَفَى بِسُكوتِها.

(وإذا قال الزَّوجُ: «بَلَغَكِ النِّكاحُ فَسَكَتِّ»، وقالت: «رَدَدتُ»، فالقَولُ قَولُها). وقال زفر رَحِمَهُ اللهُ: القولُ قولُه؛ لأنَّ السُّكوتَ أصلٌ، والرَّدَّ عارضٌ، فصار كالمَشروطِ له الخيارُ إذا ادَّعى الرَّدَّ بعد مُضيِّ المُدَّة[1].

ونحن نقولُ: إنَّه يَدَّعي لُزومَ العقدِ وتَملُّكَ البُضعِ، والمرأةُ تدفَعُهُ، فكانت مُنكرةً، كالمودَعِ إذا ادَّعى رَدَّ الوديعةِ[2]. بخلاف مسألةِ الخيارِ؛ لأنَّ اللُّزومَ قد ظهر بمضيِّ المُدَّة.

(وإنْ أقامَ الزَّوجُ البَيِّنَةَ على سُكُوتِها ثَبَتَ النِّكاحُ)؛ لأنَّه نَوَّر دعواه بالحُجَّة. وإن لم تكن له بيِّنةٌ فلا يَمينَ عليها عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ، وهي مسألةُ الاستحلافِ في الأشياء السِّتَّة، وستأتيك [في الدعوى][3] إن شاء الله.

(ويَجُوزُ نِكاحُ الصَّغيرِ والصَّغيرَةِ إذا زَوَّجهما الوَلِيُّ، بِكراً كانتْ الصَّغيرةُ أو ثَيِّباً، والوَلِيُّ هو العَصَبَةُ).

مالكٌ رَحِمَهُ اللهُ يُخالفنا في غيرِ الأبِ[4].

---

(١) فإنَّه لا يُعتبر قولُه، بل القولُ قولُ مَن يدَّعي لُزومَ العقدِ بالسُّكوت بالإجماع، لأنَّ السُّكوت أصلٌ والرَّدَّ عارضٌ، فكان القولُ قولَ مَن يدَّعي السُّكوت. عناية.

(٢) فالقولُ قولُ المودَعِ؛ لأنَّه يُنكر الضَّمان من حيث المعنى؛ لتمسُّكه بالأصل وهو فراغ ذمَّته.

(٣) زيادة من (ج) و(د).

(٤) انظر حا الدسوقي وبهامشه الشرح الكبير (٢/ ٢٢٢-٢٢٤).

والشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ [يخالفنا][(١)] في غير الأب والجَدِّ وفي الثَّيِّب الصَّغيرةِ أيضاً[(٢)].

وَجهُ قولِ مالكٍ: أنَّ الولايةَ على الحرَّةِ باعتبارِ الحاجةِ، ولا حاجةَ هنا لانعدامِ الشَّهوةِ، إلَّا أنَّ وِلايةَ الأبِ ثَبتَتْ نصَّاً بخلافِ القياس، والجَدُّ ليس في معناه فلا يُلحَقُ به.

قلنا: لا، بل هو موافقٌ للقياس؛ لأنَّ النِّكاحَ يَتضمَّنُ المصالحَ، ولا تتوفَّرُ إلَّا بين المُتكافِئَينِ عادةً، ولا يتَّفقُ الكُفءُ في كلِّ زمانٍ، فأثبتنا الولايةَ في حالةِ الصِّغر إحرازاً لِلكُفء.

وجهُ قولِ الشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّ النَّظرَ لا يَتمُّ بالتَّفويضِ إلى غيرِ الأبِ والجدِّ؛ لِقُصورِ شَفَقتِهِ وبُعدِ قَرابتِهِ، ولهذا لا يَملِكُ التَّصرُّفَ في المال، مع أنَّه أدنى رتبةً، فلأنْ لا يَملِكَ التَّصرُّفَ في النَّفس - وأنَّه أعلى - أولى.

ولنا: أنَّ القَرابةَ داعيةٌ إلى النَّظرِ كما في الأبِ والجدِّ، وما فيه من القُصورِ[(٣)] أظهرناه في سَلْبِ وِلايةِ الإلزامِ، بخلافِ التَّصرُّفِ في المالِ فإنَّه يَتكرَّرُ فلا يُمكِنُ تَدارُكُ الخَلَلِ[(٤)]، فلا تُفيدُ الولايةُ[(٥)] إلَّا مُلزِمةً، ومع القُصورِ لا تَثبتُ ولايةُ الإلزام.

---

(١) زيادة من (أ).

(٢) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٣/ ١٩٤) ط دار الفكر: (ومَنْ على حاشيةِ النَّسَبِ كأخٍ وعَمٍّ) لأبوين أو لأبٍ وابنِ كلٍّ منهما (لا يُزوِّجُ صغيرةً بحالٍ)، بِكراً كانت أو ثيِّباً، عاقلةً أو مجنونةً؛ لأنَّها إنَّما تُزوَّجُ بالإذنِ، وإذنُها غيرُ مُعتَبَر. اهـ، وانظر روضة الطالبين (٥/ ٤٠٢) ط الكتب العلمية.

(٣) أي: وما في غير الأب والجدِّ من قصورِ النَّظر.

(٤) أي: يتكرَّر بتداول الأيدي، بأن يبيع الوليُّ ثمَّ يبيع المُشتري مِنْ آخر ثمَّ وثمَّ، وقد يغيب بعضهم، ولا يمكن جعل تلك البيوع كلها موقوفةً إلى وقت البلوغ.

(٥) أي: في التَّصرُّفات الماليَّة.

فإنْ زَوَّجَهما الأبُ أو الجَدُّ فلا خِيارَ لَهُما، وإنْ زَوَّجَهما غَيرُ الأبِ والجَدِّ، فَلِكُلِّ واحدٍ منهما الخيارُ إذا بَلَغَ، إنْ شاءَ أقامَ على النِّكاحِ، وإنْ شاءَ فَسَخَ، ....

وجهُ قولِهِ في المسألةِ الثَّانيةِ[1]: أنَّ الثَّيابةَ سببٌ لِحُدوثِ الرَّأي لِوُجودِ المُمارَسةِ، فأدرنا الحُكْمَ عليها تيسيراً.

ولنا: ما ذكرنا من تَحقُّقِ الحاجةِ ووُفُورِ الشَّفقةِ، ولا مُمارسةَ تُحدِثُ الرَّأي بِدُونِ الشَّهوةِ، فَيُدارُ الحُكمُ على الصِّغَر.

ثمَّ الذي يؤيِّدُ كلامَنا فيما تَقدَّم قولُه ﷺ: «النِّكاحُ إلى العَصَبات[2]» من غير فَصْل[3]. والتَّرتيبُ في العَصَباتِ في وِلايةِ النِّكاحِ كالتَّرتيبِ في الإرثِ، والأبعدُ مَحجوبٌ بالأقربِ.

قال: (فإنْ زَوَّجَهما الأبُ أو الجَدُّ) يعني: الصَّغيرَ والصَّغيرةَ (فلا خِيارَ لَهُما) بعدَ بُلوغهما؛ لأنَّهما كاملا الرَّأي وافرا الشَّفقةِ، فيلزم العقدُ بِمُباشرتِهِما، كما إذا باشراه برضاهما بعد البلوغ.

(وإنْ زَوَّجَهما غَيرُ الأبِ والجَدِّ، فَلِكُلِّ واحدٍ منهما الخيارُ إذا بَلَغَ، إنْ شاءَ أقامَ على النِّكاحِ، وإنْ شاءَ فَسَخَ)، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، وقال أبو يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ: لا خيارَ لهما اعتباراً بالأب والجدِّ.

ولهما: أنَّ قرابةَ الأخِ ناقصةٌ، والنُّقصانُ يُشعِرُ بِقُصورِ الشَّفقة، فَيَتطرَّقُ الخَلَلُ إلى المَقاصد[4] عسى التَّداركُ مُمكِن بخيار الإدراكِ.

---

(١) أي: وجهُ قولِ الشَّافعيِّ في المسألةِ الثانيةِ، وهي قوله: «وفي الثَّيِّبِ الصَّغيرةِ أيضاً».

(٢) في البناية: ذكر هذا الحديثَ شمسُ الأئمَّةِ السَّرخسيُّ وسِبطُ ابن الجوزي، ولم يُخرِّجه أحدٌ من الجماعة، ولا يثبتُ مع أنَّ الأئمَّةَ الأربعةَ اتَّفقوا على العملِ به في حقِّ البالغةِ. وقال السُّروجيُّ: روي عن عليٍّ مرفوعاً وموقوفاً «الإنكاحُ إلى العصبات»، ويروى «النِّكاحُ إلى العصبات». اهـ.

(٣) يعني: بين عصبةٍ وعصبةٍ، فيُعمَلُ بإطلاقِهِ.

(٤) يعني: أنَّ وراء الكفاءات والمهرِ مقاصدُ أخرى في النِّكاح، من سُوءِ الخُلُق وحُسْنه، ولَطافة العِشرة =

وَيُشتَرَطُ فيه القَضاءُ، ثمَّ عندهما: إذا بَلَغَتِ الصَّغيرةُ وقَدْ عَلِمَتْ بِالنِّكاحِ فَسَكَتَتْ فَهُو رِضاً، وإنْ لم تَعْلَمْ بِالنِّكاحِ فَلَها الخِيارُ حتَّى تعلَمَ فَتسكُتَ. ....

وإطلاقُ الجوابِ[1] في غيرِ الأبِ والجَدِّ، يتناول الأمَّ والقاضي، وهو الصَّحيحُ من الرِّوايةِ؛ لِقُصورِ الرَّأي في أحدِهما، ونُقصانِ الشَّفقةِ في الآخَرِ، فَيَتخيَّر.

قال: (ويُشتَرَطُ فيه[2] القَضاءُ)، بخلاف خيار العتقِ؛ لأنَّ الفسخَ ههنا لِدَفع ضررٍ خفيٍّ، وهو تَمكُّنُ الخَلَل، ولهذا يَشمَلُ[3] الذَّكرَ والأنثى، فَجُعل إلزاماً في حقِّ الآخَر، فَيَفتقِرُ إلى القضاءِ. وخيارُ العِتق لِدَفع ضررٍ جليٍّ، وهو زيادةُ المِلك عليها[4]، ولهذا يختصُّ بالأنثى، فاعتُبِر دفعاً، والدَّفعُ لا يَفتقِر إلى القضاء.

(ثمَّ عندهما[5]: إذا بَلَغَتِ الصَّغيرةُ وقَدْ عَلِمَتْ بِالنِّكاحِ فَسَكَتَتْ فَهُو رِضاً، وإنْ لم تَعْلَمْ بِالنِّكاحِ فَلَها الخِيارُ حتَّى تَعلَمَ فَتسكُتَ)، شَرَط العلمَ بأصل النِّكاح؛ لأنَّها لا تتمكَّن من التَّصرُّف[6] إلَّا به، والوليُّ يَنفرِدُ به، فَعُذِرت بالجهل.

ولم يُشتَرطِ العلمُ بالخيار؛ لأنَّها تتفرَّغ لمعرفةِ أحكام الشَّرع، والدَّارُ دارُ العِلم، فلم تُعذَر بالجهلِ، بخلافِ المُعتَقَةِ؛ لأنَّ الأمةَ لا تتفرَّغُ لِمَعرفتها، فَتُعذَرُ بالجهلِ بِثُبوتِ الخيارِ.

= وغِلَظها، وكَرَم الصُّحبة ولُؤمِها، وتَوسيعِ النَّفقة وتَقتيرِها، وهذه المقاصدُ أهمُّ من الكفاءة، ولا يُوقَف عليها إلَّا بِجُهد بليغ ونظر صائب، فلنقصان قرابته وقُصورِ شفقته ربَّما لا يُحسن النَّظر، فيتوهَّم الخَلَل فيها، فيتدارك بخيار الإدراك.

(١) أراد بالإطلاق قولَه: «فإن زوَّجهما غيرُ الأب والجدِّ فلكلِّ واحدٍ منهما الخيار». عناية.

(٢) أي: فسخ النِّكاحِ بخيار البلوغ.

(٣) أي: الفسخ.

(٤) فإذا زوَّجها مولاها، ثمَّ أعتقها، فلها الخيارُ لأنَّه كان يزول مِلكُ الزَّوج عليها بطلقتين، فصار بعد العتق لا يزول إلَّا بثلاث، فلها أن تختار نفسَها دفعاً لضرر زيادةِ المِلك عليها.

(٥) عند أبي حنيفة ومحمد.

(٦) المرادُ من التَّصرُّف ردُّ النِّكاح.

ثُمَّ خِيارُ البِكرِ يَبطُلُ بِالسُّكُوتِ. ولا يَبطُلُ خِيارُ الغُلامِ ما لَمْ يَقُلْ: «رَضِيتُ»، أو يَجِيءُ منه ما يُعْلَمُ أَنَّهُ رِضاً، وكَذَلكَ الجاريةُ إذا دَخَلَ بها الزَّوجُ قبلَ البُلُوغِ. وخيارُ البُلُوغِ في حَقِّ البِكرِ لا يَمتَدُّ إلى آخِرِ المَجلِسِ، ولا يَبطُلُ بالقيامِ في حقِّ الثَّيِّبِ والغُلامِ. ثمَّ الفُرقَةُ بِخيارِ البُلُوغِ ليستْ بِطَلاقٍ، ....

(ثُمَّ خِيارُ البِكرِ يَبطُلُ بِالسُّكُوتِ. ولا يَبطُلُ خِيارُ الغُلامِ ما لَمْ يَقُلْ: «رَضِيتُ»، أو يَجِيءُ منه ما يُعْلَمُ أَنَّهُ رِضاً، وكَذَلكَ الجاريةُ إذا دَخَلَ بها الزَّوجُ قبلَ البُلُوغِ[1]) اعتباراً لهذه الحالةِ بحالة ابتداءِ النِّكاح.

(وخيارُ البُلُوغ في حَقِّ البِكرِ لا يَمتَدُّ إلى آخِرِ المَجلِسِ[2]، ولا يَبطُلُ بالقيامِ في حقِّ الثَّيِّبِ والغُلام) لأنَّه ما ثبت بإثباتِ الزوجِ[3]، بل لِتوهُّم الخَلَلِ[4]، فإنَّما يَبطُلُ بالرِّضا، غيرَ أنَّ سُكوتَ البِكرِ رضاً. بخلافِ خيارِ العِتقِ؛ لأنَّه ثبَتَ بإثباتِ المَولَى وهو الإعتاقُ، فَيُعتبَر فيه المَجلِسُ كما في خيارِ المُخيَّرةِ.

(ثمَّ الفُرقَةُ بِخيارِ البُلُوغِ ليستْ بِطَلاقٍ)؛ لأنَّها تصحُّ من الأنثى ولا طلاقَ إليها، وكذا بخيار العِتق لِما بيَّنَّا.

بخلافِ المُخيَّرةِ لأنَّ الزَّوجَ هو الذي مَلَّكها، وهو مالكٌ للطَّلاق.

---

(١) حكمُها كحكم الغلام، لا يبطلُ خيارُها بالسُّكوت، بل لا بدَّ من التَّصريح، أو يصدر منها ما يدلُّ على الرِّضا كالتَّمكين من الوطء.

(٢) يعني: مجلس بلوغِها، بأن رأتِ الدَّم وقد كان بَلَغَها خبرُ النِّكاح فسكتت، أو مجلسَ بلوغِ الخبرِ بالنِّكاح فسكتت، بل يبطُلُ بمجرَّد السُّكوت في الوجهين جميعاً.

(٣) هذا دليلُ عدمِ البُطلان في حقِّ الثَّيِّب خاصَّةً، وتقريره: خيارُ بُلوغِها لم يَثبُتْ بإثبات الزَّوج وهو ظاهر، وما لا يثبت بإثبات الزَّوج لا يقتصر على المجلس، فإنَّ التَّفويض هو المقتَصِر على المجلس.

(٤) هذا دليلٌ يشمَل البِكرَ والغلام، وتقريره: خيارُ البُلوغ ثبَتَ بِعَدَم الرِّضا لتوهُّم الخلل، وما يثبُتُ بِعَدم الرِّضا يبطل بالرِّضا لوجود منافيه، فإنَّ الشَّيء لا يثبت مع منافيه، غيرَ أنَّ سكوت البكرِ رضاً، دونَ سكوتِ الغلام، فيبطلُ خيارُها بمجرَّد السُّكوت، ويمتدُّ خيارُهُ إلى ما وراء المجلس.

فإنْ ماتَ أحَدُهما قَبْلَ البُلُوغِ وَرِثَهُ الآخَرُ. ولا وِلايةَ لِعَبدٍ ولا صَغِيرٍ ولا مَجْنونٍ ولا لكافِرٍ على مُسلِمٍ. وَلِغَيرِ العَصَباتِ مِنَ الأقارِبِ وِلايَةُ التَّزويجِ عندَ أبي حنيفة. ....

(فإنْ ماتَ أحَدُهما قَبْلَ البُلُوغِ وَرِثَهُ الآخَرُ)، وكذا إذا مات بعد البلوغِ قبلَ التَّفريقِ؛ لأنَّ أصلَ العقدِ صحيحٌ، والمِلك ثابتٌ به، وقد انتهى بالموت.

بخلاف مباشرةِ الفُضوليِّ[1] إذا مات أحدُ الزَّوجين قبلَ الإجازة؛ لأنَّ النِّكاح ثمَّةَ موقوفٌ، فيبطُلُ بالموت، وههنا نافذ فيتقرَّر به.

قال: (ولا وِلايةَ لِعَبدٍ ولا صَغِيرٍ ولا مَجْنونٍ)؛ لأنَّه لا ولايةَ لهم على أنفسِهِم، فأولى أن لا تَثبُت على غيرِهِم، ولأنَّ هذه ولايةٌ نظريَّةٌ، ولا نظَرَ في التَّفويضِ إلى هؤلاء.

(ولا) ولاية (لكافِرٍ على مُسلِمٍ)؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَـٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النِّساء: ١٤١]، ولهذا لا تُقبَل شهادتُهُ عليه ولا يتوارثان.

أمَّا الكافرُ فَتثبُتُ له وِلايةُ الإنكاح على ولدِهِ الكافرِ؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٣]، ولهذا تُقبل شهادتُهُ عليه، ويجري بينهما التَّوارث.

(وَلِغَيرِ العَصَباتِ مِنَ الأقارِبِ وِلايَةُ التَّزويجِ عندَ أبي حنيفة) معناه: عند عَدَمِ العصباتِ، وهذا استحسان. وقال محمد رحمه الله: لا تثبت، وهو القياس، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله. وقولُ أبي يوسف في ذلك مضطرب، والأشهرُ أنَّه مع محمد.

لهما: ما روينا[2]، ولأنَّ الولايةَ إنَّما تَثبُتُ صَوناً للقرابةِ عن نسبةِ غيرِ الكُفءِ إليها، وإلى العصبات الصِّيانةُ.

---

(١) بأن عقد بين الرَّجل والمرأة بغير إذنهما، فإنَّ العقدَ فيه موقوفٌ على الإجازة.

(٢) من قوله ﷺ: «النكاح إلى العصبات» انظر ص (٣٣) ت (٢).

وَمَنْ لا وَلِيَّ لها إذا زَوَّجَها مَولاها الذي أعتَقَها جازَ. وإذا عُدِمَ الأولياءُ فَالوِلايةُ إلى الإمامِ والحاكمِ. فإذا غابَ الوَلِيُّ الأقربُ غَيبَةً مُنقَطِعَةً، جازَ لِمَنْ هُوَ أبعَدُ منهُ أنْ يُزَوِّجَ. والغَيبَةُ المُنقَطِعَةُ: أن يكونَ في بَلَدٍ لا تَصِلُ إليها القَوافِلُ في السَّنَةِ إلَّا مَرَّةً واحدةً. ....

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّ الولايةَ نظريةٌ، والنَّظرُ يتحقَّقُ بالتَّفويضِ إلى مَن هو المُختصُّ بالقرابةِ الباعثةِ على الشَّفقة.

(ومَنْ لا وَلِيَّ لها) يعني: العصبة من جهة القرابة (إذا زَوَّجَها مَولاها الذي أعتَقَها جازَ)؛ لأنَّه آخِر العصبات.

(وإذا عُدِمَ الأولياءُ فَالوِلايةُ إلى الإمامِ والحاكمِ)؛ لقوله ﷺ: «السُّلطانُ وليُّ مَن لا وليَّ له[1]».

(فإذا غابَ الوَلِيُّ الأقربُ غَيبَةً مُنقَطِعَةً جازَ لِمَنْ هُوَ أبعَدُ منهُ أنْ يُزَوِّجَ)، وقال زفر: لا يجوزُ؛ لأنَّ ولايةَ الأقربِ قائمةٌ؛ لأنَّها ثبتَتْ حقًّا له صيانةً للقرابةِ، فلا تَبطلُ بِغَيبتِهِ، ولهذا لو زَوَّجها حيثُ هو جاز، ولا ولايةَ للأبعدِ مع ولايتِهِ.

ولنا: أنَّ هذه ولايةٌ نظريَّةٌ، وليس من النَّظرِ التَّفويضُ إلى مَن لا يُنتَفَعُ برأيه، ففوَّضناه إلى الأبعدِ، وهو مقدَّمٌ على السُّلطانِ كما إذا مات الأقربُ. ولو زَوَّجها حيث هو فيه مُنِع. وبعدَ التَّسليمِ نقول: للأبعد بُعدُ القرابة وقُربُ التَّدبير، وللأقربِ عكسُهُ، فَنُزِّلا منزلة وليَّينِ مُتساويين، فأيُّهما عَقَد نَفَذ، ولا يُرَدُّ.

(والغَيبَةُ المُنقَطِعَةُ: أن يكونَ في بَلَدٍ لا تَصِلُ إليها القَوافِلُ في السَّنَةِ إلَّا مَرَّةً واحدةً)، وهو اختيار القُدوريِّ.

---

(١) تقدَّم، انظر حديث «لا نكاح إلا بشهود».

وإذا اجتَمَعَ في المَجنُونَةِ أبُوها وابْنُها فَالوَلِيُّ في إنكاحِها ابنُها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: أبوها.

وقيل: أدنى مدَّة السَّفرِ؛ لأنَّه لانهايةَ لأقصاه، وهو اختيارُ بعضِ المتأخِّرين.

وقيل: إذا كان بحالٍ يَفُوت الكفءُ الخاطِبُ باستطلاع رأيه، وهذا أقربُ إلى الفِقه؛ لأنَّه لا نَظَرَ في إبقاءِ ولايته حينئذٍ.

(وإذا اجتَمَعَ في المَجنُونَةِ أبُوها وابْنُها فَالوَلِيُّ في إنكاحِها ابنُها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: أبوها)؛ لأنَّه أوفر شَفَقة من الابن.

ولهما: أنَّ الابن هو المُقدَّم في العصوبة، وهذه الولاية مبنيَّةٌ عليها، ولا معتبر بزيادة الشَّفقة كأبي الأمِّ مع بعض العصبات، والله أعلم.

فصل الكفاءة

الكفَاءَةُ في النِّكاحِ مُعتَبَرَةٌ، وإذا زَوَّجَتِ المَرأةُ نَفْسَها مِنْ غَيرِ كُفءٍ، فَللأولياءِ أنْ يُفَرِّقُوا بينهما. ثمَّ الكفَاءَةُ تُعتَبَرُ في النَّسَبِ: فَقُرَيشٌ بَعْضُهُم أكْفاءٌ لِبَعضٍ، والعَرَبُ بَعْضُهُمْ أكْفاءٌ لِبَعضٍ، ....

(فصل في الكفاءة)

(الكفَاءَةُ في النِّكاحِ مُعتَبَرَةٌ)، قال ﷺ: «ألا لا يُزوِّجُ النِّساءَ إلَّا الأولياءُ، ولا يُزوَّجْنَ إلَّا مِن الأكْفاءِ[1]»، ولأنَّ انتظامَ المصالحِ بين المتكافئين عادةً؛ لأنَّ الشَّريفةَ تأبى أن تكون مُستفرَشَةً للخسيس، فلا بدَّ من اعتبارِها، بخلافِ جانبِها؛ لأنَّ الزَّوجَ مُستفرِشٌ فلا تُغيظُه دَناءةُ الفِراش.

(وإذا زَوَّجَتِ المَرأةُ نَفْسَها مِنْ غَيرِ كُفءٍ، فَللأولياءِ أنْ يُفَرِّقُوا بينهما) دَفْعاً لِضَررِ العارِ عن أنفسِهِم[2].

(ثمَّ الكفَاءَةُ تُعتَبَرُ في النَّسَبِ) لأنَّه يقَعُ به التَّفاخرُ، **(فَقُرَيشٌ بَعْضُهُمْ أكْفاءٌ لِبَعضٍ، والعَرَبُ بَعْضُهُمْ أكْفَاءٌ لِبَعضٍ)**، والأصلُ فيه قوله ﷺ: «قريشٌ بعضُهُم أكفاءٌ لبعض، بَطنٌ بِبطن، والعربُ بعضُهُم أكفاءٌ لبعضٍ، قبيلةٌ بقبيلةٍ، والمَوالي بعضُهُم أكفاءٌ لبعض، رجلٌ برجلٍ[3]».

---

(١) أخرج البيهقي في الكبرى، في النكاح، باب: اعتبار الكفاءة (١٤١٣٢)، والدارقطني في كتاب النكاح، باب: المهر (١١) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تُنكِحُوا النِّساءَ إلَّا الأكْفاءَ، ولا يُزوِجُهُنَّ إلَّا الأولياءُ، ولا مَهْرَ دونَ عَشَرةِ دراهم»، وقال الدارقطني: مُبشَّر بنُ عُبيد متروكُ الحديثِ، أحاديثُه لا يُتابَعُ عليها.

(٢) يعني: ما لم تلد منه. عناية.

(٣) أخرج البيهقي في الكبرى، كتاب النكاح، باب: اعتبار الصنعة في الكفاءة (١٤١٤٣) عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «العربُ بَعضُها أكفاءُ لبعضٍ، قبيلةٌ بقبيلةٍ، ورجلٌ برجلٍ، والمَوالي بعضُهُم أكْفاءُ لبعضٍ، قبيلةٌ بقبيلةٍ، ورجلٌ برجلٍ إلَّا حائكٌ أو حجَّام»، وقال: هذا منقطعٌ بين شُجاع وابنِ جُرَيج، حيثُ لم يُسم شجاع بعض أصحابه. اهـ =

وأمَّا المَوالي فَمَنْ كانَ لَهُ أبَوانِ في الإسلام فَصاعِداً فَهُو مِنَ الأَكْفاءِ، ومَنْ أَسْلَمَ بِنَفسِهِ، أو لَهُ أبٌ واحدٌ في الإسلام، لا يكونُ كُفْؤاً لِمَنْ لَهُ أبَوانِ في الإسلامِ، ومَنْ أَسْلَمَ بِنَفسِهِ لا يَكُونُ كُفْؤاً لِمَنْ لَهُ أبٌ واحدٌ في الإسلامِ، ....

ولا يُعتَبرُ التَّفاضُل فيما بين قريش لما روينا.

وعن محمد رَحِمَهُ اللهُ كذلك إلَّا أن يكون نسباً مشهوراً كأهلِ بيتِ الخلافةِ، كأنَّه قاله تعظيماً للخلافة وتسكيناً للفتنة.

وبنو باهلةَ[1] ليسوا بأكفاءَ لعامَّةِ العربِ؛ لأنَّهم مَعروفون بالخَساسةِ.

(وأمَّا المَوالي فَمَنْ كانَ لَهُ أبَوانِ في الإسلام فَصاعِداً فَهُو مِنَ الأَكْفاءِ)، يعني: لِمَن له آباء فيه.

(ومَنْ أَسْلَمَ بِنَفسِهِ، أو لَهُ أبٌ واحدٌ في الإسلام، لا يكونُ كُفْؤاً لِمَنْ لَهُ أبَوانِ في الإسلامِ)؛ لأنَّ تمامَ النَّسبِ بالأبِ والجدِّ.

وأبو يوسف ألحَقَ الواحدَ بالمُثنَّى كما هو مذهبُهُ في التَّعريفِ[2].

(ومَنْ أَسْلَمَ بِنَفسِهِ لا يَكُونُ كُفْؤاً لِمَنْ لَهُ أبٌ واحدٌ في الإسلامِ)؛ لأنَّ التَّفاخرَ فيما بين الموالي بالإسلام.

والكفاءةُ في الحرِّيةِ نظيرُها في الإسلام في جميعِ ما ذكرنا؛ لأنَّ الرِّقَّ أثَرُ الكُفرِ، وفيه معنى الذُّلِّ فيُعتَبَرُ في حكمِ الكفاءة.

= وقال الزيلعي (٣/ ١٩٨): «أخرجه الحاكم». إلَّا أنِّي لم أجده، والله أعلم.

(١) بنو باهلة قبيلةٌ من قيس عيلان، وهي في الأصل اسمُ امرأةٍ من همدان، كانت تحت معن بن أعصر بن سعد بن قيس عيلان، فَنُسِب ولدُها إليها. كانوا يأكلون بقيَّةَ الطَّعام مرَّة ثانية، وكانوا يَطبخون عظامَ الميتة ويأخذون الدُّسومات منها. عناية.

(٢) أي: في تعريفِ الشَّخص في الشَّهادة، فإنَّ الشُّهودَ إذا ذَكَروا اسمَ الغائبِ واسمَ أبيه، يَحصُلُ به التَّعريفُ عند أبي يوسف. عناية.

وتُعتَبَرُ أيضاً في الدِّينِ وفي المالِ، وهو أنْ يَكونَ مالِكاً لِلمَهرِ والنَّفَقَةِ، ....

قال: (وتُعتبَرُ أيضاً في الدِّينِ) أي: الدِّيانةِ، وهذا قولُ أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ هو الصَّحيح؛ لأنَّه مِن أعلى المَفاخِرِ، والمرأةُ تُعيَّرُ بِفِسق الزَّوجِ فوقَ ما تُعيَّرُ بِضَعَةِ نَسَبِه.

وقال محمد رَحِمَهُٱللَّهُ: لا تُعتبَرُ؛ لأنَّه من أمورِ الآخرةِ، فلا تُبتنى أحكامُ الدُّنيا عليه، إلَّا إذا كان يُصفَعُ ويُسخر منه، أو يَخرُجُ إلى الأسواق سَكرانَ ويَلعبُ به الصِّبيانُ؛ لأنَّه مُستخَفٌّ به.

قال: (و) تُعتبر (في المالِ، وهو أنْ يَكونَ مالِكاً لِلمَهرِ والنَّفَقَةِ)، وهذا هو المعتَبَرُ في ظاهرِ الرِّواية، حتَّى إنَّ مَن لا يَملِكُهما، أو لا يَملِك أحَدَهما لا يكون كفؤاً؛ لأنَّ المهرَ بدَلُ البُضعِ فلا بدَّ من إيفائه، وبالنَّفقةِ قوامُ الازدواجِ ودوامُهُ.

والمرادُ بالمهر قَدْرُ ما تَعارَفوا تَعجِيلَه؛ لأنَّ ما وراءَهُ مُؤَجَّلٌ عُرفاً.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ: أنَّه اعتبَر القُدرةَ على النَّفقةِ دونَ المهرِ؛ لأنَّه تَجرِي المُساهلَةُ في المُهورِ، ويُعدُّ المرءُ قادراً عليه بِيَسارِ أبيه.

فأمَّا الكفاءةُ في الغِنى فَمُعتَبَرةٌ في قولِ أبي حنيفة ومحمَّد رَحِمَهُمَاٱللَّهُ[1]، حتَّى إنَّ الفائِقَةَ في اليسارِ لا يُكافِئها القادِرُ على المَهرِ والنَّفقةِ؛ لأنَّ النَّاسَ يَتفاخرونَ بالغِنى ويَتعيَّرونَ بالفَقرِ.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ: لا يُعتَبَرُ لأنَّه لا ثباتَ له؛ إذ المالُ غادٍ ورائحٌ.

---

(١) صرَّح السَّرخسيُّ في مَبسوطِهِ وصاحبُ الذَّخيرةِ بأنَّ الأصحَّ أنَّ ذلك لا يُعتَبَرُ؛ لأنَّ كثرةَ المالِ مَذمومةٌ. وفي شَرحِ الكنز: لا مُعتَبَر بالمُساواةِ في الغِنى، هو الصَّحيح. وعن أبي حنيفة ومحمد في غير روايةِ الأصولِ: أنَّ مَن مَلَكَهما لا يكونُ كُفئاً للفائقةِ في الغِنى، وليس بشيءٍ، فنَصَّ على أنَّ ما في الهدايةِ غيرُ روايةِ الأصول، وكذا في الدِّراية قال: وهذا القولُ منهما في غير رواية الأصول. فتح القدير.

وفي الصَّنائِعِ. وإذا تَزَوَّجَتِ المَرأةُ ونَقَصَتْ عَنْ مَهْرِ مِثلِها فَلِلأولياءِ الاعتِراضُ عليها عند أبي حنيفة، حتَّى يُتِمَّ لها مَهْرَ مِثلِها أو يُفارِقَها. وإذا زوَّجَ الأبُ ابنَتَهُ الصَّغيرةَ ونَقَصَ مِنْ مَهرِها، أوِ ابنَهَ الصَّغيرَ وزادَ في مَهرِ امرأتِهِ، جازَ ذلكَ عليهما، ولا يَجُوزُ ذلكَ لِغَيرِ الأبِ والجَدِّ، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: لا يَجُوزُ الحَطُّ والزِّيادةُ إلّا بما يَتَغابَنُ النَّاسُ فيه. ....

(و) تُعتَبَرُ (في الصَّنائِعِ) وهذا عند أبي يوسف ومحمد، وعن أبي حنيفة في ذلك روايتان، وعن أبي يوسف أنَّه لا تُعتبر إلَّا أن تَفحُشَ كالحجَّامِ والحائكِ والدَّبَّاغِ.

وجهُ الاعتبارِ: أنَّ النَّاسَ يَتفاخرون بِشَرفِ الحِرَفِ، ويَتعيَّرون بِدَناءتِها.

وجهُ القولِ الآخَرِ: أنَّ الحِرفةَ ليست بِلازمةٍ، ويُمكِنُ التَّحوُّلُ عن الخَسيسةِ إلى النَّفيسة منها.

قال: (وإذا تَزَوَّجَتِ المَرأةُ ونَقَصَتْ عَنْ مَهْرِ مِثلِها فَلِلأولياءِ الاعتِراضُ عليها عند أبي حنيفة، حتَّى يُتِمَّ لها مَهْرَ مِثلِها أو يُفارِقَها)، وقالا: ليس لهم ذلك.

وهذا الوَضعُ إنَّما يصحُّ على قَولِ محمَّد رَحِمَهُ اللَّهُ على اعتبار قولِهِ المرجوعِ إليه في النِّكاح بغير الولي، وقد صحَّ ذلك[1]، وهذه شهادةٌ صادقةٌ عليه.

لهما: أنَّ ما زاد على العشرةِ حقُّها، ومَن أسقَطَ حقَّه لا يُعتَرَضُ عليه كما [في الإبراء][2] بعدَ التَّسمية.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّ الأولياءَ يَفتَخِرون بِغَلاءِ المَهرِ ويَتعيَّرون بِنُقصانِهِ، فأشبَهَ الكفاءَةَ، بخلافِ الإبراءِ بعدَ التَّسميةِ لأنَّه لا يَتعيَّرُ به.

(وإذا زوَّجَ الأبُ ابنَتَهُ الصَّغيرةَ ونَقَصَ مِنْ مَهرِها، أوِ ابنَهَ الصَّغيرَ وزادَ في مَهرِ امرأتِهِ، جازَ ذلكَ عليهما، ولا يَجُوزُ ذلكَ لِغَيرِ الأبِ والجَدِّ، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: لا يَجُوزُ الحَطُّ والزِّيادةُ إلّا بما يَتَغابَنُ النَّاسُ فيه).

---

(١) أي: وقد صحَّ رجوعُ الإمام محمد، وهذه المسألةُ شاهدة على الرُّجوع.

(٢) زيادة من (ج).

وَمَنْ زَوَّجَ ابنَتَهُ - وهي صَغيرةٌ - عبداً، أو زَوَّجَ ابنَهُ - وهو صغيرٌ - أمةً فهو جائزٌ، وهذا عند أبي حنيفة أيضاً.

ومعنى هذا الكلام: أنَّه لا يجوزُ العقدُ عندهما؛ لأنَّ الولايةَ مقيَّدةٌ بشرطِ النَّظرِ، فعند فواتِهِ يَبطُلُ العقدُ، وهذا لأنَّ الحطَّ عن مهر المِثلِ ليس من النَّظر في شيءٍ كما في البيع، ولهذا لا يَملِكُ ذلك غيرُهما.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ: أنَّ الحكمَ يُدارُ على دليل النَّظر[1]، وهو قُربُ القَرابةِ، وفي النِّكاحِ مقاصِدُ تَربُو على المهر. أمَّا الماليَّةُ فهي المقصودةُ في التَّصرُّفِ الماليِّ، والدَّليلُ عَدِمناه في حقِّ غيرهما.

(وَمَنْ زَوَّجَ ابنَتَهُ - وهي صَغيرةٌ - عبداً، أو زَوَّجَ ابنَهُ - وهو صغيرٌ - أمةً فهو جائزٌ)، قال رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: (وهذا عند أبي حنيفة أيضاً)؛ لأنَّ الإعراضَ عن الكفاءةِ لِمَصلحةٍ تَفُوقها.

وعندهما: هو ضررٌ ظاهرٌ لعدَمِ الكفاءةِ، فلا يَجوزُ، والله أعلم.

---

(١) هذا الكلام بحاجة ماسَّة إلى البيان، تقريره: النَّظرُ والضَّرر في هذا العقد باطنان، لكن للنَّظر دليلٌ يدلُّ عليه، وهو قُرب القرابةِ الدَّاعية إليه، وهي موجودة هاهنا، فيترتَّب الحكمُ وهو جواز النِّكاح عليه.

وإنَّما قلنا بأنَّ النَّظر والضَّرر في هذا العقد باطنان؛ لأنَّ المقصود منه ليس حصولُ المالِ ألبتَّة، بل فيه مقاصدُ تَربُو على المهر من الكمالات المطلوبة في الإختان والعرائس، فيجوز أن يكون نظرُ الأبِ في الحَطِّ والزِّيادة إلى ذلك، ويجوز أن لا يكون، فكان النَّظرُ والضَّررُ باطنين، فأديرَ الحكمُ على الدَّليل.

بخلاف البيع فإنَّ الماليَّة هي المقصودةُ في التَّصرُّفات الماليَّة، فلم يكن في مقابلتها شيءُ يَجبَر به خَلَل الغبنِ الفاحش، حتَّى يقع التَّردُّد بين النَّظر والضَّرر، وأمَّا في غير الأب فالدَّليلُ الدَّالُّ على النَّظر معدومٌ. عناية بتصرف.

فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها

ويَجُوزُ لابنِ العَمِّ أنْ يُزَوِّجَ بِنْتَ عَمِّهِ مِنْ نَفْسِهِ. وإذا أذِنَتِ المَرأةُ لِلرَّجُلِ أنْ يُزَوِّجَها مِنْ نَفْسِهِ، فَعَقَدَ بِحَضْرَةِ شاهِدَينِ جازَ. وتَزويجُ العَبدِ والأَمَةِ بِغَيرِ إذنْ مَولاهما مَوقُوفٌ، فإنْ أجازَهُ المَولَى جازَ، وإنْ رَدَّهُ بَطَلَ، وكذلك لَوْ زَوَّجَ رجلٌ امرأةً بِغَيرِ رِضاها، أو رجلاً بِغَيرِ رضاهُ. ....

(فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها)

(ويَجُوزُ لابنِ العَمِّ أنْ يُزَوِّجَ بِنْتَ عَمِّهِ مِنْ نَفْسِهِ)، وقال زفر رحمه الله: لا يجوزُ.

(وإذا أذِنَتِ المَرأةُ لِلرَّجُلِ أنْ يُزَوِّجَها مِنْ نَفْسِهِ فَعَقَدَ بِحَضْرَةِ شاهِدَينِ جازَ)، وقال زفر والشَّافعيُّ رحمهما الله[1]: لا يجوز.

لهما: أنَّ الواحدَ لا يُتصوَّرُ أن يكون مُمَلِّكاً ومُتملِّكاً كما في البيع، إلَّا أنَّ الشَّافعيَّ رحمه الله يقول: في الوليِّ ضرورةٌ لأنَّه لا يَتولَّاه سواه، ولا ضرورةَ في حقِّ الوكيل.

ولنا: أنَّ الوكيلَ في النِّكاح مُعبِّرٌ وسفيرٌ، والتَّمانعُ في الحقوق دونَ التَّعبير[2]، ولا تَرجِعُ الحقوقُ إليه، بخلاف البيعِ؛ لأنَّه مباشرٌ حتَّى رَجَعَت الحقوقُ إليه.

وإذا تولَّى طَرَفيه فقوله: «زوَّجتُ» يَتضمَّن الشَّطرين، فلا يَحتاجُ إلى القَبولِ.

قال: (وتَزويجُ العَبدِ والأَمَةِ بِغَيرِ إذنْ مَولاهما مَوقُوفٌ، فإنْ أجازَهُ المَولَى جازَ، وإنْ رَدَّهُ بَطَلَ، وكذلك لَوْ زَوَّجَ رجلٌ امرأةً بِغَيرِ رِضاها، أو رجلاً بِغَيرِ رضاهُ) وهذا عندنا، فإنَّ كلَّ عقدٍ صَدَرَ من الفُضوليِّ وله مُجيزٌ انعقَدَ موقوفاً على الإجازة.

---

(١) انظر مغني المحتاج (٣/ ٢١٠-٢١١) ط دار الفكر.

(٢) أي: لا يوجد تمانعٌ - أي: منافةٌ ومضادَّة - في التَّعبير، بأن يقول: تزوَّجت بنت عمِّي فلانة على صداق كذا، وإنَّما التَّمانع في الحقوق كالتَّسليم والتَّسلُّم والإيفاءِ والاستيفاء، وهي - أي: الحقوق - لا ترجع إليه لأنَّه سفيرٌ لا مباشر.

وَمَنْ قال: «اِشهَدُوا أنِّي قَدْ تَزَوَّجتُ فُلانَةً» فَبلَغَها الخبرُ فَأجازَتْ، فهو باطلٌ. وإنْ قال آخَرُ: «اِشهَدُوا أنِّي قَدْ زَوَّجْتُها مِنْهُ» فَبَلَغَها الخَبرُ فَأجازَتْ، جازَ. وكذلكَ إنْ كانتِ المَرأةُ هي التي قالَتْ جَمِيعَ ذلك. ....

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ[1]: تَصرُّفاتُ الفُضوليِّ كلُّها باطلةٌ؛ لأنَّ العقدَ وُضِعَ لِحُكمِه، والفُضوليُّ لا يَقدِرُ على إثباتِ الحُكمِ، فيلغو.

ولنا: أنَّ رُكنَ التَّصرُّفِ صَدَرَ من أهلِهِ مُضافاً إلى محلِّهِ، ولا ضررَ في انعقادِهِ، فَيَنعقِدُ موقوفاً، حتَّى إذا رأى المصلَحةَ فيه يُنفِذُهُ، وقد يتراخى حكمُ العقدِ عن العقد[2].

(ومَنْ قال: «اِشهَدُوا أنِّي قَدْ تَزَوَّجتُ فُلانَةً» فَبلَغَها الخبرُ فَأجازَتْ، فهو باطلٌ. وإنْ قال آخَرُ: «اِشهَدُوا أنِّي قَدْ زَوَّجْتُها مِنْهُ» فَبَلَغَها الخَبرُ فَأجازَتْ، جازَ. وكذلكَ إنْ كانتِ المَرأةُ هي التي قالَتْ جَمِيعَ ذلك)، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: إذا زَوَّجتْ نفسَها غائباً فبلَغَه فأجازهُ جازَ.

وحاصلُ هذا: أنَّ الواحدَ لا يَصلُح فُضوليّاً من الجانبين، أو فُضوليّاً من جانبٍ وأصيلاً من جانبٍ عندهما، خلافاً له.

ولو جرى العقدُ بين الفُضوليَّين، أو بين الفُضوليِّ والأصيلِ جازَ بالإجماع.

---

(١) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٢/ ٢١) ط دار الفكر: (فبيعُ الفُضوليِّ)، وهو البائعُ مالَ غيرِهِ بغير إذنِهِ ولا ولايةٍ (باطلٌ) للحديث المتقدِّم، وكذا سائرُ تَصرُّفاته القابلةِ للنِّيابة، كما لو زوَّجَ أمةَ غيرِهِ أو ابنتِهِ أو طلَّقَ منكوحَتَه، أو أعتقَ عبدَهُ، أو أجَّرَ دارَهُ، أو وَقَفَها، أو وَهَبَها، أو اشترى له بعينِ مالِهِ، لأنَّه ليس بمالكٍ ولا وليٍّ ولا وكيلٍ، فلو عبَّر المصنِّف بـ «التَّصرُّف» بدل «البيع» لشَمِلَ الصُّورَ التي ذكرتُها. اهـ وانظر الحاوي في الفقه (٩/ ١٤٣) ط الكتب العلمية.

(٢) جواب عن قول الشَّافعي: «لأنَّ العقد وُضع لحكمه»، وتقريره القول بالموجب، يعني: سلَّمنا ذلك، لكن الحكمُ هاهنا لم ينعدم بل تأخَّر إلى الإجازة، والحكمُ قد يتراخى عن العقد كما في البيع بشرط الخيار، فإنَّ لُزومه مُتراخٍ إلى سقوط الخيار.

وَمَنْ أَمَرَ رَجلاً أَنْ يُزَوِّجَهُ امرأةً، فَزَوَّجَه اثْنَتَينِ في عُقْدَةٍ، لَمْ تَلْزَمْهُ واحِدَةٌ منهما.
وَمَنْ أَمَرَهُ أميرٌ بِأَنْ يُزَوِّجَهُ امرأةً، فَزَوَّجَهُ أَمَةً لِغَيرِهِ، جازَ عندَ أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يَجُوزُ إلَّا أَنْ يُزَوِّجَهُ كُفْؤاً.

هو يقولُ: لو كان مأموراً من الجانبين يَنفُذُ، فإذا كان فُضوليّاً يَتوقَّف، وصار كالخُلع والطَّلاق والإعتاقِ على مال[١].

ولهما: أنَّ المَوجودَ شَطرُ العقدِ؛ لأنَّه شطرٌ حالةَ الحَضرةِ فكذا عندَ الغَيبةِ، وشطرُ العقدِ لا يَتوقَّفُ على ما وراءِ المجلس، كما في البيع.

بخلافِ المأمورِ من الجانبين، فإنَّه يَنتقِلُ كلامُهُ إلى العاقدين، وما جرى بين الفُضوليَّين عقدٌ تامٌّ، وكذا الخُلعُ وأختاه؛ لأنَّه تَصرُّفُ يَمينٍ من جانبِهِ، حتَّى يلزَمُ فَيَتمُّ به[٢].

(وَمَنْ أَمَرَ رَجلاً أَنْ يُزَوِّجَهُ امرأةً، فَزَوَّجَهَ اثْنَتَينِ في عُقْدَةٍ، لَمْ تَلْزَمْهُ واحِدَةٌ منهما)؛ لأنَّه لا وجهَ إلى تَنفيذِهِما؛ للمُخالفةِ، ولا إلى التَّنفيذِ في إحداهما غيرَ عينٍ[٣]؛ للجهالةِ، ولا إلى التَّعيينِ؛ لِعَدمِ الأولويَّة، فتَعيَّنَ التَّفريق.

(وَمَنْ أَمَرَهُ أميرٌ بِأَنْ يُزَوِّجَهُ امرأةً، فَزَوَّجَهُ أَمَةً لِغَيرِهِ، جازَ عندَ أبي حنيفة) رُجُوعاً إلى إطلاقِ اللَّفظِ وعدَمِ التُّهمة، (وقال أبو يوسف و محمد: لا يَجُوزُ إلَّا أَنْ يُزَوِّجَهَ كُفْؤاً)؛ لأنَّ المُطلَقَ يَنصرِفُ إلى المُتعارف، وهو التَّزوُّجُ بالأكْفاء.

قلنا: العُرفُ مُشتَرَك[٤]، ....

---

(١) فإنَّ الزَّوج إذا قال: «خالعتُ امرأتي على كذا» وهي غائبة، فبلغها الخبرُ فَقَبِلت في مَجلِس علمها، جاز بالاتِّفاق، وكذلك الطَّلاق والإعتاق على مال.

(٢) أي: يلزم اليمين بالحالف؛ لأنَّ اليمين لا يتمُّ إلَّا به، فكان عقداً تامّاً.

(٣) أي: غيرَ معيَّنةٍ.

(٤) يعني: كما هو مُستعمَلٌ فيما قلتم مُستعملٌ فيما قلنا؛ فإنَّ الأشرافَ كما يتزوَّجون الحرائر يتزوَّجون الإماء.

أو هو عُرفٌ عمليٌّ[1]، فلا يصلح مقيِّداً[2].

وذَكَر في الوكالةِ أنَّ اعتبارَ الكفاءةِ في هذا استحسانٌ عندهما ؛ لأنَّ كلَّ أحدٍ لا يَعجَزُ عن التَّزوُّجِ بِمُطلَقِ الزَّوجِ، فكانتِ الاستعانةُ في التَّزوُّجِ بالكُفء، والله أعلم.

---

(١) أي: عُرفٌ من حيثُ عملُ الناس واستعمالُهُم، لا من حيثُ اللَّفظ.

(٢) أي: مقيِّداً لإطلاق اللَّفظ.

باب المهر

وَيَصِحُّ النِّكَاحُ وإنْ لَمْ يُسَمِّ فيه مَهراً، وأقَلُّ المَهرِ عَشَرَةُ دَراهِمَ، ....

(باب المهر)

(وَيَصِحُّ النِّكَاحُ وإنْ لَمْ يُسَمِّ فيه مَهراً)؛ لأنَّ النِّكَاحَ عَقدُ انضمامٍ وازدواجٍ لغةً، فَيَتمُّ بالزَّوجينِ. ثمَّ المَهرُ واجبٌ شرعاً إبانةً لِشَرفِ المَحلِّ، فلا يُحتاجُ إلى ذِكْرِهِ لصِحَّةِ النِّكاحِ.

وكذا إذا تزوَّجها بِشَرطِ أنْ لا مَهْرَ لها؛ لِما بيَّنَّا[١]، وفيه خلافُ مالك رَحِمَهُ اللَّهُ[٢].

أقل المهر والخلاف فيه

(وأقَلُّ المَهرِ عَشَرَةُ دَراهِمَ)، وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ[٣]: ما يَجوزُ أن يكونَ ثَمَناً في البيعِ يَجوزُ أن يكونَ مَهراً لها؛ لأنَّه حقُّها فيكونُ التَّقديرُ إليها.

ولنا: قولُه ﷺ: «ولا مهرَ أقلُّ من عَشَرة دراهم»[٤]؛ ولأنَّه حقُّ الشَّرعِ وُجوباً إظهاراً لِشَرَفِ المَحلِّ، فَيَتَقدَّر بما له خَطَرٌ، وهو العَشَرةُ، استدلالاً بنصابِ السَّرقةِ.

---

(١) من أنَّ النِّكاحَ عقدُ انضمامٍ، فَيَتمُّ بالزَّوجين.

(٢) مذهب المالكية:
أنَّ النِّكاحَ يُفسخ قبلَ الدُّخول إن شُرِطَ فيه إسقاطُ المهر، ويثبتُ النِّكاحُ بعدَ الدخولِ ويجب للزوجةِ مهرُ المثلِ. انظر حا الدسوقي، وبهامشه الشرح الكبير (٢/ ٣٠٣)، والخرشي على مختصر خليل (٣/ ٢٦٢).

(٣) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٣/ ٢٨٢) ط دار الفكر: كلُّ (ما صَحَّ) كونُهُ (مَبِيعاً)، عِوَضاً أو مُعوَّضاً، عيناً أو دَيناً أو منفعةً، كثيراً أو قليلاً، ما لم يَنتهِ في القلَّةِ إلى حدٍّ لا يُتموَّلُ (صَحَّ) كونُهُ (صَداقاً)، وما لا فلا، فإنْ عقَدَ بما لا يُتموَّلُ ولا يُقابَلُ بِمُتموَّل فسدت التَّسميةُ ورَجَع لِمَهر المثل. اهـ.

(٤) تقدَّم، انظر حديث «لا تنكحوا النساء إلا الأكفاء ...».

ولو سَمَّى أقلَّ مِنْ عَشَرَةٍ فَلَها العَشَرَةُ، ومَنْ سَمَّى مَهراً، عَشَرَةً فما زاد، فَعَلَيهِ المُسَمَّى إنْ دَخَلَ بها أو ماتَ عنها، وإنْ طَلَّقَها قَبلَ الدُّخولِ بِها والخَلْوَةِ فَلَها نِصفُ المُسَمَّى، ....

(ولو سَمَّى أقَلَّ مِنْ عَشَرَةٍ فَلَها العَشَرَةُ) عندنا، وقال زفر رَحِمَهُ اللَّهُ: لها مهرُ المِثل؛ لأنَّ تسميةَ ما لا يَصلُحُ مهراً كانعدامه.

ولنا: أنَّ فسادَ هذه التَّسميةِ لحقِّ الشَّرعِ، وقد صار مَقضيّاً بالعشرةِ، فأمَّا ما يَرجِعُ إلى حقِّها فقد رضيتْ بالعشرةِ لِرِضاها بما دونها، ولا مُعتَبَرَ بِعَدَمِ التَّسميةِ؛ لأنَّها قد ترضى بالتَّمليكِ من غير عِوَضٍ تكرُّماً، ولا ترضى فيه بالعِوَضِ اليَسير.

ولو طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ بها، تجبُ خمسةٌ عند علمائنا الثَّلاثةِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ، وعنده تجبُ المُتعةُ كما إذا لم يُسمِّ شيئاً.

(ومَنْ سَمَّى مَهراً، عَشَرَةً فما زاد، فَعَلَيهِ المُسَمَّى إنْ دَخَلَ بها أو ماتَ عنها)؛ لأنَّه بالدُّخولِ يَتحقَّقُ تسليمُ المُبدَل، وبه يتأكَّدُ البَدَلُ، وبالموتِ ينتهي النِّكاحُ نِهايتَهُ، والشَّيءُ بانتهائه يَتقرَّرُ ويتأكَّدُ، فيَتقرَّرُ [النِّكاحُ][1] بجميع مَواجِبه.

(وإنْ طَلَّقَها قَبلَ الدُّخولِ بِها والخَلْوَةِ فَلَها نِصفُ المُسَمَّى)؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٧] الآية.

والأقيسةُ مُتعارِضَةٌ[2] ففيه تفويتُ الزَّوجِ المِلكَ على نفسِهِ باختيارِهِ، وفيه عَودُ المَعقودِ عليه إليها سالماً، فكان المَرجِعُ فيه النَّص.

---

(١) زيادة من (ج).

(٢) جوابٌ عمَّا يقال: ينبغي أن يسقط كلُّ البدل؛ لأنَّ بالطَّلاق قبل الدُّخول يعود المعقود عليه سالماً إليها، فيجب أن يسقط كلُّ البدل كما إذا تبايعا ثمَّ تقايلا.
وجهه: الأقيسة المتعارضةُ قياسٌ يقتضي ذلك كما ذكرتَ، وقياسٌ آخر يقتضي وجوبَ كلِّ المهرِ؛ لأنَّه فوَّت ما مَلَّكه باختياره، وذلك يقتضي وجوبَ كلِّ المهرِ، كالمشتري إذا أتلف المبيعَ قبلَ القبض، وإذا تعارضَ القياسان وجب المصيرُ إلى النَّص. عناية.

وإنْ تَزَوَّجَها ولَمْ يُسَمِّ لَها مَهْراً، أو تَزَوَّجَها على أنْ لا مَهْرَ لها، فَلَها مَهرُ مِثلِها إنْ دَخَلَ بها أو ماتَ عنها، ولوطَلَّقَها قبلَ الدُخُولِ بِها فَلَها المُتْعَةُ، ....

وشَرَطَ أن يكونَ قبلَ الخلوةِ؛ لأنَّها كالدُّخول عندنا على ما نُبيِّنُه إن شاء الله تعالى.

قال: (وإنْ تَزَوَّجَها ولَمْ يُسَمِّ لَها مَهْراً، أو تَزَوَّجَها على أنْ لا مَهْرَ لها، فَلَها مَهرُ مِثلِها إنْ دَخَلَ بها أو ماتَ عنها).

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[1]: لا يَجِبُ شيءٌ في الموتِ، وأكثرُهُم على أنَّه يَجِبُ في الدُّخول.

له: أنَّ المهرَ خالصُ حقِّها، فَتَتَمكَّنُ من نَفْيِهِ ابتداءً، كما تَتَمكَّنُ من إسقاطِهِ انتهاءً.

ولنا: أنَّ المهرَ وُجوباً حقُّ الشَّرعِ على ما مَرَّ، وإنَّما يصيرُ حقّاً لها في حالةِ البقاءِ، فَتملِكُ الإبراءَ دونَ النَّفي.

مطلب: الطلاق قبل الدخول

(ولو طَلَّقَها قبلَ الدُخُولِ بِها فَلَها المُتْعَةُ)؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٦] الآية.

ثمَّ هذه المُتعةُ واجبةٌ رجوعاً إلى الأمرِ، وفيه خلافُ مالكٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[2].

---

(١) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٣/ ٢٩٣) ط دار الفكر: (فالأظهرُ أنَّه لا يجبُ) على الزَّوجِ للمُفوِّضة (شيءٌ) أي: مهرٌ (بِنفسِ العقدِ)، إذ لو وَجَبَ به لَتَشَطَّر بالطَّلاقِ قبلَ الدُّخولِ، كالمُسمَّى الصَّحيح، وقد دلَّ القُرآنُ على أنَّه لا يجبُ إلَّا المُتعةُ، والثَّاني يجبُ به مهرُ المِثل، إذ لو لم يجب به لَما استقرَّ بالموت. اهـ وانظر روضة الطالبين (٧/ ٢٨١) وما بعدها ط المكتب الإسلامي.

(٢) مذهب المالكية: أنَّ المتعة مندوبةٌ. انظر جواهر الإكليل شرح مختصر خليل (١/ ٣٦٥) ط دار الفكر.

والمُتعَةُ ثَلاثَةُ أثوابٍ مِنْ كِسْوَةِ مِثْلِها. وإنْ تَزَوَّجَها ولَمْ يُسَمِّ لها مَهْراً، ثُمَّ تَراضَيَا على تَسْمَيتِهِ، فَهِي لها إنْ دَخَلَ بها أو ماتَ عنها، وإنْ طَلَّقَها قَبلَ الدُّخولِ بها فلَها المُتْعَةُ، فإنْ زادَ لها في المَهْرِ بَعْدَ العَقْدِ لَزِمَتْهُ الزِّيادَةُ، وتَسقُطُ بِالطَّلاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ، ....

(والمُتعَةُ ثَلاثَةُ أثوابٍ مِنْ كِسْوَةِ مِثْلِها)، وهي: دِرعٌ وخِمارٌ ومِلحفَةٌ، وهذا التَّقديرُ مَرويٌّ عن عائشة وابن عباس رضي الله عنهم.

وقوله: «من كسوة مِثلِها» إشارةٌ إلى أنَّه يُعتبرُ حالُها، وهو قولُ الكرخيِّ رحمه الله في المُتعةِ الواجبةِ لِقيامِها مَقامَ مَهرِ المِثل.

والصَّحيحُ أنَّه يُعتَبَرُ حالُهُ عملاً بالنَّصِّ، وهو قوله تعالى: ﴿عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٦].

ثمَّ هي لا تُزاد على نصفِ مَهرِ مِثلِها، ولا تَنقُصُ عن خمسةِ دراهم، ويُعرَف ذلك في الأصل.

(وإنْ تَزَوَّجَها ولَمْ يُسَمِّ لها مَهْراً، ثُمَّ تَراضَيَا على تَسْمَيتِهِ، فَهِي لها إنْ دَخَلَ بها أو ماتَ عنها، وإنْ طَلَّقَها قَبلَ الدُّخولِ بها فلَها المُتْعَةُ)، وعلى قول أبي يوسف الأوَّلِ نِصفُ هذا المَفروض، وهو قولُ الشَّافعيِّ رحمه الله؛ لأنَّه مفروضٌ فيتنصَّف بالنَّصِّ.

ولنا: أنَّ هذا الفَرْضَ تعيينٌ للواجِبِ بالعقدِ، وهو مهرُ المِثلِ، وذلك لا يَتنصَّفُ، فكذا ما نُزِّل مَنزلَتَه.

والمرادُ بما تلا[1] الفرضُ في العقد، إذ هو الفرضُ المُتعارَف.

قال: (فإنْ زادَ لها في المَهْرِ بَعْدَ العَقْدِ لَزِمَتْهُ الزِّيادَةُ)، خلافاً لزفر رحمه الله، وسنذكره في زيادة الثَّمن والمُثمَن إن شاء الله.

(و) إذا صحَّتِ الزِّيادةُ (تَسقُطُ بِالطَّلاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ)، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله أوَّلاً تَتنصَّف مع الأصل؛ لأنَّ التَّنصيفَ عندهما يَختصُّ بالمفروضِ في العَقْدِ، وعنده

---

(١) أي: بما تلاه أبو يوسف من قوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٧].

وإنْ حَطَّتْ عنه مِنْ مَهرِها صَحَّ الحَطُّ. وإذا خَلا الرَّجلُ بِامرأتِهِ وليس هناكَ مانعٌ مِنَ الوَطءِ، ثُمَّ طَلَّقَها، فلها كمالُ المَهرِ، وإنْ كان أحَدُهما: مَرِيضاً، أو صائِماً في رَمضانَ، أو مُحرِماً بِحَجٍّ فَرضٍ أو نَفْلٍ، أو بِعُمْرَةٍ، أو كانتْ حائِضاً، فليستْ الخَلوةُ صَحيحةً، ....

المَفروضُ بعده كالمَفروضِ فيه على ما مَرَّ.

(وإنْ حَطَّتْ عنه مِنْ مَهرِها صَحَّ الحَطُّ)؛ لأنَّ المهرَ بقاءُ حقِّها، والحطُّ يُلاقيه حالةَ البقاء[1].

(وإذا خَلا الرَّجلُ بِامرأتِهِ وليس هناكَ مانعٌ مِنَ الوَطءِ، ثُمَّ طَلَّقَها، فلها كمالُ المَهرِ).

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ[2]: لها نصفُ المهرِ؛ لأنَّ المَعقودَ عليه إنَّما يَصيرُ مُستوفَى بالوطءِ، فلا يتأكَّدُ المهرُ دونَه.

ولنا: أنَّها سلَّمت المُبدَلَ حيثُ رَفَعَتِ المَوانعَ، وذلك وُسْعُها، فيتأكَّد حقُّها في البَدَل اعتباراً بالبيع.

(وإنْ كان أحَدُهما مَرِيضاً أو صائِماً في رَمضانَ أو مُحرِماً بِحَجٍّ فَرضٍ أو نَفْلٍ، أو بِعُمْرَةٍ، أو كانتْ حائِضاً فليستْ الخَلوةُ صَحيحةً)، حتَّى لو طلَّقها كان لها نصفُ المهرِ؛ لأنَّ هذه الأشياء موانعُ.

أمَّا المرضُ فالمرادُ منه ما يَمنَعُ الجِماعَ أو يَلحَقُه به ضررٌ.

---

(١) أي: الحطُّ يلاقي حقَّها حالةَ البقاء لا حالةَ الابتداء، وقد بقي حقُّها.

(٢) قال النووي في الروضة (٥/ ٥٨٨) ط المكتب الإسلامي: فصل: الخلوةُ لا تُقرِّرُ المهرَ، ولا تُؤثِّر فيه على الجديد، وهو الأظهر. وعلى هذا لو اتَّفقا على الخلوةِ وادَّعتِ الإصابةَ، لم يترجَّح جانبُهَا، بل القولُ قولُهُ بيمينِهِ. وفي القديم: الخلوةُ مؤثِّرةٌ، وفي أثرِها قولان: أحدهما: أثَرُها تصديقُ المرأةِ إذا ادَّعتِ الإصابةَ، ولا يتقرَّرُ المهرُ بِمُجرَّدِها، سواءٌ طال زَمَنُها أم قَصُر. وأظهَرُهما: أنَّها كالوطئ في تقريرِ المهرِ ووُجوبِ العِدَّةِ. وهل يُشترطُ على القديمِ في تَقرُّرِ المَهرِ بالخلوةِ أن لا يكونَ مانعٌ شرعيٌّ، كحيضٍ وإحرامٍ وصومٍ؟ فيه وجهان. اهـ.

وإنْ كان أحَدُهما صائِماً تَطَوُّعاً فَلَها المَهْرُ كُلُّهُ. وإذا خَلا المَجْبُوبُ بِامرأتِهِ ثُمَّ طَلَّقَها، فَلَها كَمالُ المَهرِ عندَ أبي حنيفةَ، وقالا: عليه نِصفُ المَهرِ، وعليها العِدَّةُ في جَمِيعِ هذه المَسائِلِ. ....

وقيل: مرضُهُ لا يَعْرى عن تكسُّرٍ وفُتُور، وهذا التَّفصيلُ في مرضِها.

وصومُ رمضان لِما يَلزَمُه من القضاءِ والكفَّارة. والإحرامُ لِما يلزَمُه من الدَّم وفسادِ النُّسك والقضاءِ. والحيضُ مانعٌ طبعاً وشرعاً.

(وإنْ كان أحَدُهما صائِماً تَطَوُّعاً فَلَها المَهْرُ كُلُّهُ)؛ لأنَّه يُباحُ له الإفطارُ من غير عُذرٍ في روايةِ المُنتقَى، وهذا القولُ في المَهرِ هو الصَّحيح.

وصومُ القضاءِ والمنذورِ كالتَّطوُّعِ في روايةٍ؛ لأنَّه لا كفَّارة فيه، والصَّلاةُ بمنزلةِ الصَّومِ، فرضُها كفرضِهِ ونَفلُها كنَفْلِه.

(وإذا خَلا المَجْبُوبُ بِامرأتِهِ ثُمَّ طَلَّقَها، فَلَها كَمالُ المَهرِ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللهُ، وقالا: عليه نِصفُ المَهرِ)؛ لأنَّه أعجَزُ من المريض، بخلاف العِنِّين لأنَّ الحُكمَ أُدِير على سلامةِ الآلة.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ: أنَّ المُستحَقَّ عليها التَّسليمُ في حقِّ السَّحق[1]، وقد أتتْ به.

قال: (وعليها العِدَّةُ في جَمِيعِ هذه المَسائِلِ) احتياطاً استحساناً؛ لِتوهُّمِ الشَّغْل، والعِدَّةُ حقُّ الشَّرعِ والولدِ، فلا يُصدَّقُ في إبطال حقِّ الغير[2]، بخلاف المهر[3] لأنَّه مالٌ لا يُحتاط في إيجابه.

وذكَرَ القُدوريُّ رَحِمَهُ اللهُ في شرحه: أنَّ المانعَ إن كان شرعيَّاً كالصَّومِ والحيضِ، تجب العِدَّةُ لِثُبوت التَّمكُّن حقيقةً، وإن كان حقيقيَّاً كالمَرَض والصِّغرِ لا تجبُ لانعدام التَّمكُّنِ حقيقةً.

---

(١) أي: المَسُّ، لأنَّه وُسع مِثلِها في هذه الحالة، وقد أتت بما وجب عليها.

(٢) أي: لا يصدَّق الزَّوج في إبطال حقِّها بقوله: «لم أطأها». أو لا تُصدَّق في قولها: «لم يطأني».

(٣) فإنَّه لا يجب بالخلوة الفاسدة.

وتُستَحَبُّ المُتعَةُ لِكلِّ مُطَلَّقَةٍ إلَّا لِمُطلَّقَةٍ واحِدَةٍ، وهي التي طَلَّقَها الزَّوجُ قبلَ الدُّخُولِ بها وقَدْ سَمَّى لها مَهْراً. وإذا زَوَّجَ الرَّجلُ بِنتَهُ أو أخته على أنْ يُزَوِّجَهُ الآخَرُ بِنتَهُ أو أُختَهُ، لِيَكونَ أحَدُ العَقدَينِ عِوَضاً عنِ الآخَرِ، فالعَقدانِ جائزانِ، ولِكُلِّ واحِدٍ منهما مَهرُ مِثلِها. ....

قال: (وتُستَحَبُّ المُتعَةُ لِكلِّ مُطَلَّقَةٍ إلَّا لِمُطلَّقَةٍ واحِدَةٍ، وهي التي طَلَّقَها الزَّوجُ قبلَ الدُّخُولِ بها وقَدْ سَمَّى لها مَهْراً).

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ[1]: تجبُ لكلِّ مطلَّقة إلَّا لهذه؛ لأنَّها وجَبَتْ صِلةً من الزَّوج؛ لأنَّه أوحَشَها بالفِراق، إلَّا أنَّ في هذه الصُّورةِ نصفَ المهرِ طريقةُ المُتعةِ؛ لأنَّ الطَّلاقَ فَسْخٌ في هذه الحالةِ، والمتعةُ لا تتكرَّر.

ولنا: أنَّ المُتعةَ خَلَفٌ عن مَهرِ المِثلِ في المُفوِّضَة؛ لأنَّه سقَطَ مَهرُ المِثلِ ووَجَبَتِ المتعةُ، والعقدُ يُوجِبُ العِوَضَ فكان خَلَفاً، والخَلَفُ لا يُجامِعُ الأصلَ ولا شيئاً منه، فلا تجبُ مع وُجوبِ شيءٍ من المهر، وهو غيرُ جانٍ في الإيحاش، فلا تَلحَقُه الغرامةُ به، فكان من باب الفضل.

مطلب: نكاح الشغار

(وإذا زَوَّجَ الرَّجلُ بِنتَهُ [أو أخته][2] على أنْ يُزَوِّجَهُ الآخَرُ بِنتَهُ أو أُختَهُ، لِيَكونَ أحَدُ العَقدَينِ عِوَضاً عنِ الآخَرِ، فالعَقدانِ جائزانِ، ولِكُلِّ واحِدٍ منهما مَهرُ مِثلِها).

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ[3]: بطَلَ العَقدانِ؛ لأنَّه جعَلَ نِصفَ البُضعِ صَداقاً، والنِّصفَ

---

(١) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٣/ ٣٠٧): يجبُ (لِمُطلَّقةٍ قبلَ وَطءٍ مُتعةٌ) على الجديد (إن لم يَجِب) لها (شَطْرُ مَهرٍ)، بأن كانت مُفوَّضة ولم يَفرِض لها شيء، (وكذا) يجب (لِمَوطوءةٍ) متعةٌ (في الأظهر) الجديدِ، سواء أفوَّض طلاقَها إليها فطَلَّقت، أو علقه بفعلها ففعلت. اهـ وانظر روضة الطالبين (٥/ ٦٣٦) الكتب العلمية.

(٢) زيادة من (ج) و(د).

(٣) انظر المجموع (١٦/ ٣٤٥) ط دار الفكر، والحاوي في الفقه (٩/ ٣٢٣) ط الكتب العلمية.

وإنْ تَزَوَّجَ حُرٌّ امرأةً على خِدْمَتِهِ إيَّاها سنَةً، أو على تَعلِيمِ القُرآنِ، فَلَها مَهْرُ مِثلِها، وقال محمد: لها قِيمَةُ خِدْمَتِهِ سَنَةً. وإنْ تَزَوَّجَ عَبْدٌ امرأةً بِإذنِ مَولاهُ على خِدْمَتِهِ سَنَةً، جازَ ولها خِدْمَتُهُ، ....

منكوحةً، ولا اشتراكَ في هذا الباب، فبطل الإيجابُ.

ولنا: أنَّه سمَّى ما لا يصِحُّ صَداقاً، فيصحُّ العقدُ ويجبُ مهرُ المِثل، كما إذا سمَّى الخمرَ والخنزيرَ، ولا شَرِكَةَ بدون الاستحقاق[1].

(وإنْ تَزَوَّجَ حُرٌّ امرأةً على خِدْمَتِهِ إيَّاها سنَةً، أو على تَعلِيمِ القُرآنِ، فَلَها مَهْرُ مِثلِها، وقال محمد: لها قِيمَةُ خِدْمَتِهِ سَنَةً).

(وإنْ تَزَوَّجَ عَبْدٌ امرأةً بِإذنِ مَولاهُ على خِدْمَتِهِ سَنَةً جازَ ولها خِدْمَتُهُ).

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ[2]: لها تعليمُ القرآنِ والخِدمةُ في الوجهين؛ لأنَّ ما يصحُّ أخذُ العِوَض عنه بالشَّرطِ يصلُحُ مهراً عنده؛ لأنَّ بذلك تَتحقَّقُ المُعاوَضَةُ، وصار كما إذا تزوَّجَها على خدمةِ حرٍّ آخَرَ بِرِضاه، أو على رَعْيِ الزَّوجِ غنَمَها.

---

(١) هذا جوب لقول الشافعي: «ولا شركة في هذا الباب»، بيانه: أنَّ البضع لمَّا لم يصلح صداقاً لم يتحقَّق الاشتراك؛ لأنَّ منافع بضع المرأة لا تصلح أن تكون مملوكة لامرأة أخرى فبقي شرطاً فاسداً، والنِّكاح لا يبطل بالشُّروط الفاسدة. عناية.

(٢) قال النووي في الروضة (٥/ ٦٢٣) الكتب العلمية: يُشترط في تعليمِ القرآنِ لِيَصحَّ صَداقاً شرطان. أحدهما: العلمُ بالمشروط تعليمُهُ بأحد طريقين. الأول: بيانُ القدرِ الذي يُعلِّمُه، بأن يقول: «كلَّ القرآن» أو «السُّبعُ الأول أو الأخير». الطريق الثاني: تقديرُها بالزَّمان، بأن يَصْدُقَها تعليمَ القرآنِ شهراً، ويُعلِّمَها فيه ما شاءت.
الشرط الثاني: أن يكونَ المعقودُ على تعليمِهِ قَدْراً في تعليمِهِ كُلفَةٌ، فإن لم يكن، بأن شَرَطَ تعليمَ لحظةٍ لطيفةٍ، أو قَدْرٍ يَسيرٍ وإن كان آية، كقوله تعالى: ﴿ثُمَّ نَظَرَ ﴿٢١﴾﴾ [المدَّثِّر: ٢١]، لم يصحَّ الإصداقُ، وهو كبيع حبَّةِ حنطة. اهـ.
وقال الماوردي في الحاوي (٩/ ٤١٠) الكتب العلمية: يجوزُ أن تكونَ منافعُ العبدِ والحرِّ صَداقاً لزوجتِهِ، مِثلُ أن يتزوَّجَها على أن يَخدُمَها شهراً، أو يبني لها داراً، أو يخيطَ لها ثوباً، أو يرعى لها غنماً. اهـ.

فإنْ تَزَوَّجَها على ألفٍ فَقَبَضَتْها ووَهَبَتْها لَهُ، ثمَّ طَلَّقَها قبلَ الدُّخُولِ بها، رَجَعَ عليها بِخَمسمائةٍ، فإنْ لم تَقبِضِ الألفَ حَتَّى وَهَبَتْها لَهُ، ثُمَّ طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ بها، لم يَرجِعْ واحدٌ منهما على صاحِبِهِ بشيء، ....

ولنا: أنَّ المشروعَ إنَّما هو الابتغاءُ بالمالِ، والتَّعليمُ ليس بمال، وكذلك المنافعُ على أصلنا، وخدمةُ العبدِ ابتغاءٌ بالمال لتضمُّنِهِ تسليمَ رقبتِهِ، ولا كذلك الحرُّ. ولأنَّ خِدمةَ الزَّوجِ الحرِّ لا يَجوزُ استحقاقُها بِعَقدِ النِّكاح لِما فيه من قَلبِ الموضوعِ، بخلافِ خدمةِ حرٍّ آخَرَ برضاه؛ لأنَّه لا مُناقضة، وبخلافِ خدمةِ العبدِ لأنَّه يَخدُمُ مولاه معنىً حيث يَخدُمها بإذنِهِ وبأمرِهِ، وبخلافِ رَعي الأغنامِ لأنَّه من بابِ القيامِ بأمورِ الزَّوجيَّةِ، فلا مُناقَضَةَ، على أنَّه ممنوعٌ في رواية.

ثمَّ على قولِ محمَّد رَحِمَهُ اللَّهُ تجبُ قيمةُ الخدمةِ؛ لأنَّ المسمَّى مالٌ، إلَّا أنَّه عَجزَ عن التَّسليمِ لمكانِ المناقَضَةِ، فصار كالتَّزوُّجِ على عبدِ الغيرِ.

وعلى قولِ أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَا اللَّهُ يَجِبُ مهرُ المثلِ؛ لأنَّ الخدمةَ ليست بمالٍ إذ لا تُستَحقُّ فيه بحالٍ، فصار كتسميةِ الخمرِ والخنزيرِ، وهذا لأنَّ تقوُّمَه بالعقدِ للضَّرورة، فإن لم يجب تسليمُهُ بالعقد لم يظهر تقوُّمُه، فيبقى الحكمُ للأصلِ، وهو مَهرُ المثلِ.

(فإنْ تَزَوَّجَها على ألفٍ فَقَبَضَتْها ووَهَبَتْها لَهُ، ثمَّ طَلَّقَها قبلَ الدُّخُولِ بها، رَجَعَ عليها بِخَمسمائةٍ)؛ لأنَّه لم يَصِل إليه بالهبة عينُ ما يَستوجِبُه؛ لأنَّ الدَّراهم والدَّنانير لا تتعيَّنان في العقودِ والفُسوخِ، وكذا إذا كان المهرُ مَكِيلاً أو مَوزوناً أو شيئاً آخَرَ في الذِّمَّة لِعَدَم تعيُّنِها، (فإنْ لم تَقبِضِ الألفَ حَتَّى وَهَبَتْها لَهُ، ثُمَّ طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ بها، لم يَرجِعْ واحدٌ منهما على صاحِبِهِ بشيء)، وفي القياس يرجعُ عليها بنصفِ الصَّداقِ، وهو قَولُ زفر رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأنَّه سَلِمَ المهرُ له بالإبراء، فلا تَبرأُ عمَّا يستحقُّه بالطَّلاق قبلَ الدُّخول.

ولو قَبَضَتْ خَمسَمائةٍ ثُمَّ وَهبَتِ الألفَ كُلَّها، المَقبوضَ وغيرَهُ، أو وَهَبَتِ الباقي، ثُمَّ طَلَّقَها قبلَ الدُّخُولِ بها، لم يَرجِعْ واحدٌ منهما على صاحبِهِ بِشَيءٍ عند أبي حنيفة، وقالا: يَرجِعُ عليها بِنِصفِ ما قَبَضَتْ. ولو كانَ تَزَوَّجها عَلَى عَرَضٍ فَقَبَضَتْهُ أو لم تَقبِضْ، فَوَهَبَتْ لَهُ، ثُمَّ طَلَّقَها قبلَ الدُّخُولِ بها، لم يَرجِعْ عليها بِشَيءٍ. ولو تَزَوَّجَها

وجهُ الاستحسان: أنَّه وَصَلَ إليه عينُ ما يَستحقُّه بالطَّلاقِ قبلَ الدُّخول، وهو براءةُ ذمَّتِهِ عن نصفِ المهر، ولا يُبالى باختلاف السَّببِ عند حصولِ المقصودِ.

(ولو قَبَضَتْ خَمسَمائةٍ ثُمَّ وَهبَتِ الألفَ كُلَّها، المَقبوضَ وغيرَهُ، أو وَهَبَتِ الباقي، ثُمَّ طَلَّقَها قبلَ الدُّخُولِ بها، لم يَرجِعْ واحدٌ منهما على صاحبِهِ بِشَيءٍ عند أبي حنيفة، وقالا: يَرجِعُ عليها بِنِصفِ ما قَبَضَتْ) اعتباراً للبعض بالكلِّ، ولأنَّ هبةَ البعضِ حَطٌّ فَيَلتحِقُ بأصلِ العقدِ.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنَّ مقصودَ الزَّوجِ قد حصَلَ، وهو سلامةُ نصفِ الصَّداقِ بلا عِوَضٍ، فلا يَستوجِبُ الرُّجوعَ عند الطَّلاقِ، والحَطُّ لا يَلتحِقُ بأصلِ العقدِ في النِّكاح[1]، ألا ترى أنَّ الزِّيادةَ فيه لا تَلتحِقُ حتَّى لا تَتنصَّفُ.

ولو كانت وَهبَت أقلَّ من النِّصفِ وقَبَضَت الباقي، فعنده: يَرجِعُ عليها إلى تمامِ النِّصفِ، وعندهما: بِنِصفِ المَقبوضِ.

(ولو كانَ تَزَوَّجها عَلَى عَرَضٍ فَقَبَضَتْهُ أو لم تَقبِضْ، فَوَهَبَتْ لَهُ، ثُمَّ طَلَّقَها قبلَ الدُّخُولِ بها، لم يَرجِعْ عليها بِشَيءٍ)، وفي القياس - وهو قول زفر رَحِمَهُ ٱللَّهُ - يَرجِعُ عليها بنصفِ قيمتِهِ؛ لأنَّ الواجبَ فيه رَدُّ نصفِ عَينِ المَهرِ على ما مَرَّ تقريرُهُ.

وجهُ الاستحسانِ: أنَّ حقَّه عند الطَّلاقِ سلامةُ نصفِ المَقبوضِ من جِهَتها، وقد وَصَلَ إليه، ولهذا لم يكن لها دَفْعُ شيءٍ آخَرَ مكانَهُ، بخلافِ ما إذا كان

---

(١) هذا جوابٌ عن قولهما: «لأن هبة البعض حطٌّ» ووجه ذلك: أنَّ الحطَّ إنَّما يلتحق بأصل العقد إذا كان العقد عقد مُغابَنَة يحتاج إلى دفع الغَبن عن أحد الجانبين بالزِّيادة أو الحطِّ، والنِّكاح ليس كذلك. اهـ عناية.

على حيوانٍ أو عُرُوضٍ في الذِّمَّة فكذلك الجوابُ. وإذا تَزَوَّجَها على ألفٍ على أنْ لا يُخرِجَها مِنَ البلدَةِ، أو على أنْ لا يَتَزَوَّجَ عَلَيها أُخرَى، فإنْ وَفَّى بِالشَّرطِ فَلَها المُسمَّى، وإنْ تَزَوَّجَ عليها أُخرَى، أو أَخرَجَها، فَلَها مَهرُ مِثلِها. ....

المهرُ دَيناً، وبخلافِ ما إذا باعت مِنْ زوجها[1]؛ لأنَّه وَصَلَ إليه ببدلٍ[2].

(ولو تَزَوَّجَها على حيوانٍ أو عُرُوضٍ في الذِّمَّة فكذلك الجوابُ)[3]؛ لأنَّ المَقبوضَ متعيِّنٌ في الرَّدِّ، وهذا[4] لأنَّ الجَهالةَ تُحُمِّلت في النِّكاحِ، فإذا عُيِّنَ فيه[5] يصيرُ كأنَّ التَّسميةَ وقعت عليه.

(وإذا تَزَوَّجَها على ألفٍ على أنْ لا يُخرِجَها مِنَ البلدَةِ، أو على أنْ لا يَتَزَوَّجَ عَلَيها أُخرَى):

- (فإنْ وَفَّى بِالشَّرطِ فَلَها المُسمَّى)؛ لأنَّه صَلَح مهراً[6] وقد تَمَّ رضاها به.

- (وإنْ تَزَوَّجَ عليها أُخرَى أو أَخرَجَها فَلَها مَهرُ مِثلِها)؛ لأنَّه سمَّى ما لها فيه نَفعٌ، فعند فواتِهِ يَنعدِم رضاها بالألف، فَيُكمِلُ مهرَ مثلِها[7] كما في تسميةِ الكَرامةِ والهديَّةِ مع الألْفِ[8].

---

(١) يعني: باعت الصَّداق العَرَض من زوجها.

(٢) وهو يستحقُّ عليها نِصفَ المهر بلا بدل، فلا ينوب عمَّا يستحقُّه بالطَّلاق قبل الدُّخول، فلذلك يرجع عليها بنصف المهر. عناية.

(٣) يعني: إذا وهبته له ثمَّ طلَّقها قبل الدُّخول بها، لم يرجع عليها بشيء قبضت أو لم تقبض.

(٤) أشار به إلى شيئين، أحدهما: جوازُ النِّكاح بالحيوان والعروض بلا تعيين، والآخر: إلى أنَّ المقبوض متعيِّن في الرَّدِّ. أشار إلى الأوَّل بقوله: «لأنَّ الجهالة» يعني: عدم التَّعيين «قد تُحمِّلت في النكاح»، وأشار إلى الثاني بقوله: «فإذا عيِّن» أي: عند القبض «يصير كأنَّ التَّسمية وقعت عليه». اهـ بناية.

(٥) أي: عُيِّنَ المقبوضُ في النِّكاح.

(٦) أي: لأنَّه سمَّى ما صلُح مهراً.

(٧) يُفهمُ منه أنَّ صورةَ المسألةِ فيما إذا كان مهرُ المثلِ أكثرَ من الألف.

(٨) أي: كما لو أنَّه شرط مع الألف أن يُكرِمَها ولا يُكلِّفها من الأعمال ما يُرهِقُها، أو سمَّى لها هديَّةً مع الألف بأن يرسل إليها إضافة إلى الألف ثياباً.

ولو تَزَوَّجَها على ألفٍ إنْ أقامَ بها، وعلى ألفينِ إنْ أخرَجَها: فإنْ أقامَ بها فَلَها الألفُ، وإنْ أخْرَجَها فَلَها مَهْرُ المِثلِ لا يُزادُ على الألفَينِ ولا يُنْقَصُ عنِ الألفِ، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: الشَّرطانِ جَميعاً جائزانِ. ولو تَزَوَّجَها على هذا العبدِ أو على هذا العبدِ، فإذا أحدُهُما أوكَسُ والآخَرُ أرفَعُ، فإنْ كانَ مَهْرُ مِثلِها أقَلَّ مِنْ أوكَسِهِما فَلَها الأوكَسُ، وإنْ كانَ أكثَرَ مِنْ أرفَعِهِما فَلَها الأرفَعُ، وإنْ كانَ بينهما فَلَها مَهْرُ مِثلِها، فإنْ طَلَّقَها قبلَ الدُّخُولِ بها فَلَها نِصفُ الأوكسِ في ذلكَ كُلِّهِ بالإجماع. ....

(ولو تَزَوَّجَها على ألفٍ إنْ أقامَ بها، وعلى ألفينِ إنْ أخرَجَها):

- (فإنْ أقامَ بها فَلَها الألفُ).

- (وإنْ أخْرَجَها فَلَها مَهْرُ المِثلِ لا يُزادُ على الألفَينِ ولا يُنْقَصُ عنِ الألفِ، وهذا عند أبي حنيفة).

(وقالا: الشَّرطانِ جَميعاً جائزانِ)، حتَّى كان لها الألفُ إن أقام بها، والألفانِ إنْ أخرجها.

وقال زفر رَحِمَهُ اللَّهُ: الشَّرطان جميعاً فاسدان، ويكونُ لها مهرُ مِثلِها لا يَنقُصُ من ألفٍ ولا يُزادُ على ألفين.

وأصلُ المسألة في الإيجارات في قوله: «إن خِطتَهُ اليومَ فلَكَ درهمٌ، وإن خِطتَه غداً فلكَ نِصفُ درهم»، وسنبيِّنُها فيه إن شاء الله.

(ولو تَزَوَّجَها على هذا العبدِ أو على هذا العبدِ، فإذا أحدُهُما أوكَسُ والآخَرُ أرفَعُ، فإنْ كانَ مَهْرُ مِثلِها أقَلَّ مِنْ أوكَسِهِما فَلَها الأوكَسُ، وإنْ كانَ أكثَرَ مِنْ أرفَعِهِما فَلَها الأرفَعُ، وإنْ كانَ بينهما فَلَها مَهْرُ مِثلِها)، وهذا عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ.

وقالا: لها الأوكسُ في ذلك كلِّه.

(فإنْ طَلَّقَها قبلَ الدُّخُولِ بها فَلَها نِصفُ الأوكسِ في ذلكَ كُلِّهِ بالإجماع).

وإذا تَزوَّجَها على حَيَوانٍ غَيرِ مَوصُوفٍ، صَحَّتِ التَّسميةُ ولها الوَسَطُ منه، والزَّوجُ مُخَيَّرٌ: إنْ شاء أعطاها ذلك، وإنْ شاءَ أعطاها قِيمَتَهُ. ....

لهما: أنَّ المصيرَ إلى مهرِ المثلِ لِتعذُّر إيجابِ المسمَّى، وقد أمكن إيجابُ الأوكس، إذ الأقلُّ مُتيقَّنٌ فصارَ كالخُلعِ والإعتاقِ على مالٍ[1].

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّ الموجَبَ الأصليَّ مهرُ المثلِ، إذ هو الأعدلُ، والعُدولُ عنه عند صحَّةِ التَّسميةِ، وقد فسَدَتْ لِمكانِ الجَهالةِ.

بخلاف الخُلعِ والإعتاقِ على مالٍ؛ لأنَّه لا مُوجِب له في البَدَلِ، إلَّا أنَّ مهرَ المثلِ إذا كان أكثَرَ من الأرفعِ فالمرأةُ رضيت بالحَطِّ، وإن كان أنقصَ من الأوكس فالزَّوجُ رضي بالزِّيادة، والواجبُ في الطَّلاق قبلَ الدُّخولِ في مثلِهِ المُتعةُ، ونصفُ الأوكسِ يزيدُ عليها في العادةِ، فوَجَبَ لاعترافِهِ بالزِّيادةِ.

(وإذا تَزوَّجَها على حَيَوانٍ غَيرِ مَوصُوفٍ، صَحَّتِ التَّسميةُ ولها الوَسَطُ منه، والزَّوجُ مُخَيَّرٌ، إنْ شاء أعطاها ذلك وإنْ شاءَ أعطاها قِيمَتَهُ).

قال رَحِمَهُ اللَّهُ: معنى هذه المسألةِ أنْ يُسمِّي جنسَ الحيوانِ دونَ الوصفِ، بأن يَتزوَّجَها على فرسٍ أو حمارٍ، أمَّا إذا لم يُسمِّ الجنسَ، بأن يتزوَّجَها على دابَّةٍ، لا تجوزُ التَّسميةُ ويجبُ مهرُ المِثلِ.

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ[2]: يجبُ مهرُ المثلِ في الوجهين جميعاً؛ لأنَّ عنده ما لا يَصلُح ثمناً في البيع لا يصلُحُ مسمَّى في النِّكاحِ، إذ كلُّ واحد منهما معاوَضَةٌ.

---

(١) أي: صار كالخُلع على ألف أو ألفين، وكالإعتاق على مال، بأن قال: «أعتقتُكَ على هذا العبد أو هذا» وقَبِل، فإنَّه يجب الأوكسُ فيهما. فتح.

(٢) قال النووي في الروضة (٥/٥٨٨) الكتب العلمية: فرع: أصدَقَها عبداً أو ثوباً غيرَ موصوفٍ، فالتَّسميةُ فاسدةٌ، ويجبُ مهرُ المثلِ قطعاً. وإن وَصَفَ العبدَ والثَّوبَ، وجب المُسمَّى، وحيث جرت تسميةٌ فاسدةٌ، وجب مهرُ المثلِ بالغاً ما بلغ.

وإنْ تَزَوَّجَها على ثَوبٍ غَيرِ مَوصُوفٍ فَلَها مَهرُ المِثلِ. ....

ولنا: أنَّه معاوَضَةُ مالٍ بغيرِ مالٍ[١]، فجَعَلْنا التزامَ المالِ ابتداءً حتَّى لا يفسُدُ بأصلِ الجَهالةِ كالدِّية والأقارير[٢].

وشَرَطنا أن يكون المسمَّى مالاً وَسَطُهُ معلومٌ رعايةً للجانبين[٣]، وذلك عند إعلامِ الجنسِ؛ لأنَّه يَشتمِلُ على الجيِّدِ والرَّديء، والوَسَطُ ذو حظٍّ منهما.

بخلافِ جَهالةِ الجنسِ لأنَّه لا وَسَطَ له؛ لاختلافِ معاني الأجناس.

وبخلاف البيعِ؛ فَمَبناهُ على المُضايقَةِ والمُماكَسَةِ، أمَّا النِّكاحُ فمُبناه على المُسامحة.

وإنَّما يَتخيَّرُ لأنَّ الوسط لا يُعرَف إلَّا بالقيمة، فصارت أصلاً في حقِّ الإيفاء، والعبدُ أصلٌ تسميةً فيتخيَّرُ بينهما.

(وإنْ تَزَوَّجَها على ثَوبٍ غَيرِ مَوصُوفٍ فَلَها مَهرُ المِثلِ)، ومعناه: أنَّه ذَكَر الثَّوبَ ولم يَزِد عليه.

ووجهُهُ: أنَّ هذه جهالةُ الجنسِ؛ لأنَّ الثِّياب أجناسٌ، ولو سمَّى جنساً بأن قال: «هَرَويٌّ» يَصحُّ التَّسميةُ ويُخيَّرُ الزَّوجُ لما بيَّنَّا. وكذا إذا بالَغَ في وَصفِ الثَّوب في ظاهر الرِّواية[٤]؛ لأنَّها ليست من ذوات الأمثال، وكذا إذا سمَّى مَكيلاً أو مَوزوناً، وسمَّى جنسَهُ دونَ صِفتِه، وإن سَمَّى جنسَهُ وصِفَتَه

---

(١) معناه: أنَّ في النِّكاحِ معنى التزامِ المالِ ابتداءً، ومعنى المُعاوضةِ، أمَّا معنى المُعاوَضَةِ فظاهرٌ، وأمَّا معنى التزامِ المالِ ابتداءً، يعني: بغير عِوَضٍ؛ فلأنَّه مُعاوَضَةُ مالٍ بغيرِ مالٍ. عناية.

(٢) حيث يلزَمُ فيهما أيضاً مالٌ من غيرِ أن يكون في مُقابَلَته عِوَضٌ ماليٌّ، فَعَمِلنا بمعنى التزام المالِ ابتداء، أمَّا في الدِّيةِ فإنَّ الشَّرعَ جعَلَ فيها مائةً من الإبل غيرَ موصوفةٍ، وكذا في الأقارير، فإنَّ مَنْ أقرَّ لإنسان بشيءٍ صَحَّ إقرارُهُ.

(٣) أي: لجانبي الزَّوجِ والمرأةِ.

(٤) بأن ذَكَر بعدَ نوعِهِ طولَهُ وعَرْضَه ورِقَّته وعلى مِنوالِ كذا، فلا يَختلِفُ الجوابُ من أنَّها تُجبَرُ على أخذِ القيمةِ كما على أخذِ الثَّوبِ. فتح.

وإنْ تَزَوَّجَ مُسلِمٌ على خَمرٍ أو خِنزيرٍ، فالنِّكاحُ جائزٌ ولها مَهْرُ مِثلِها. فإنْ تَزَوَّجَ امرأةً على هذا الدَّنِّ مِنَ الخَلِّ، فإذا هو خَمرٌ، فَلَها مَهرُ مِثلِها عند أبي حنيفة، وقالا: لها مِثلُ وَزنِهِ خَلاً. وإنْ تَزَوَّجَها على هذا العبدِ فإذا هُوَ حُرٌّ، يَجِبُ مَهْرُ المثلِ عند أبي حنيفة و محمَّد، وقال أبو يوسف: تَجِبُ القيمَةُ. ....

لا يُخيَّر[١]؛ لأنَّ المَوصوفَ منهما يَثبُتُ [ديناً][٢] في الذِّمَّة ثبوتاً صحيحاً.

(وإنْ تَزَوَّجَ مُسلِمٌ على خَمرٍ أو خِنزيرٍ فالنِّكاحُ جائزٌ ولها مَهْرُ مِثلِها)؛ لأنَّ شَرْطَ قَبولِ الخمرِ شرطٌ فاسدٌ[٣]، فيصحُّ النِّكاحُ ويلغو الشَّرطُ، بخلافِ البيعِ لأنَّه يَبطُلُ بالشُّروطِ الفاسدة، لكن لم تصحَّ التَّسميةُ لِما أنَّ المسمَّى ليس بمالٍ في حقِّ المسلم، فوجَبَ مهرُ المثل.

(فإنْ تَزَوَّجَ امرأةً على هذا الدَّنِّ مِنَ الخَلِّ، فإذا هو خَمرٌ، فَلَها مَهرُ مِثلِها عند أبي حنيفة، وقالا: لها مِثلُ وَزنِهِ خَلاً).

(وإنْ تَزَوَّجَها على هذا العبدِ فإذا هُوَ حُرٌّ يَجِبُ مَهْرُ المثلِ عند أبي حنيفة ومحمَّد، وقال أبو يوسف: تَجِبُ القيمَةُ).

لأبي يوسف: أنَّه أطمَعَها مالاً وعَجَز عن تسليمِهِ، فتجبُ قيمتُهُ أو مِثلُهُ إن كان من ذوات الأمثال، كما إذا هَلَكَ العبدُ المسمَّى قبلَ التَّسليم.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول: اجتمعتِ الإشارةُ والتَّسميةُ فَتُعتَبَر الإشارةُ لِكَونها أبلَغَ في المقصود، وهو التَّعريف، فكأنَّه تزوَّج على خمرٍ أو حرٍّ.

ومحمد رحمه الله يقول: الأصل أنَّ المسمَّى إذا كان من جنسِ المُشارِ إليه يتعلَّقُ العَقدُ بالمُشارِ إليه؛ لأنَّ المُسمَّى موجودٌ في المشار إليه ذاتاً والوصفُ يتبعُهُ،

(١) بل يجبر على الوسط.

(٢) زيادة من (ج).

(٣) معناه: أنَّ قوله: «تزوَّجتك على خمر» بمنزلة قوله: «تزوَّجتكِ بشرط قَبولك الخمر»، هذا شرط فاسد والنِّكاحُ لا يبطل به؛ لأنَّ الشرط فيه لا يربو على ترك التَّسمية أصلاً، وذلك لا يُفسِده فهذا أولى.

فإنْ تَزَوَّجَها على هَذَينِ العَبدَينِ، فإذا أحَدُهما حُرٌّ، فليس لها إلَّا الباقي إذا ساوى عَشَرَةَ دراهِمَ عندَ أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: لها العبدُ وقِيمَةُ الحُرِّ لو كان عبداً، وقال محمد: لها العبدُ الباقي وتَمامُ مَهرِ مِثلِها إنْ كانَ مَهْرُ مِثلِها أكثَرَ مِنْ قيمةِ العَبدِ. ....

وإن كان من خلافِ جنسِهِ يتعلَّق بالمسمَّى؛ لأنَّ المسمَّى مِثلٌ للمشار إليه وليس بتابعٍ له، والتَّسميةُ أبلَغُ في التَّعريفِ من حيثُ إنَّها تُعرِّفُ الماهيَّةَ والإشارةُ تُعرِّفُ الذَّاتَ.

ألا ترى أنَّ من اشترى فَصَّاً على أنَّه ياقوت فإذا هو زجاجٌ، لا يَنعقِدُ العقدُ لاختلافِ الجنسِ، ولو اشترى على أنَّه ياقوتٌ أحمَرُ، فإذا هو أخضَرُ يَنعقِدُ العقدُ لاتِّحادِ الجنس، وفي مسألتنا العبدُ مع الحُرِّ جنسٌ واحدٌ لقلَّة التَّفاوتِ في المنافعِ، والخمرُ مع الخَلِّ جنسان لِفُحشِ التَّفاوتِ في المقاصِدِ.

(فإنْ تَزَوَّجَها على هَذَينِ العَبدَينِ، فإذا أحَدُهما حُرٌّ، فليس لها إلَّا الباقي[1] إذا ساوى عَشَرَةَ دراهِمَ عندَ أبي حنيفة)؛ لأنَّه مُسمًّى، ووجوبُ المسمَّى وإن قَلَّ يمنع وُجوبَ مَهرِ المثل.

(وقال أبو يوسف: لها العبدُ وقِيمَةُ الحُرِّ لو كان عبداً)؛ لأنَّه أطمعها سلامةَ العبدين وعَجَز عن تسليم أحدهما، فتجب قيمتُهُ.

(وقال محمد) وهو رواية عن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ **(لها العبدُ الباقي وتَمامُ مَهرِ مِثلِها إنْ كانَ مَهْرُ مِثلِها أكثَرَ مِنْ قيمةِ العَبدِ)**؛ لأنَّهما لو كانا حُرَّين يجب تمامُ مهرِ المثل عنده، فإذا كان أحدُهما عبداً يجب العبدُ وتمامُ مهرِ المثل.

---

(١) أي: ليس لها إلَّا العبدُ الباقي.

وإذا فَرَّقَ القاضي بَينَ الزَّوجَينِ في النِّكاحِ الفاسِدِ قَبْلَ الدُّخولِ، فلا مَهْرَ لها، وكذا بعدَ الخَلْوةِ، فإن دَخَلَ بها فَلَها مَهْرُ مِثلِها لا يُزادُ على المُسمَّى، وعليها العِدَّةُ، ويُعتَبَرُ ابتداؤها مِنْ وَقْتِ التَّفريقِ، لا مِنْ آخِرِ الوَطآتِ، ويَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِها.

مطلب: التفريق بين الزوجين في النكاح الفاسد

(وإذا فَرَّقَ القاضي بَينَ الزَّوجَينِ في النِّكاحِ الفاسِدِ قَبْلَ الدُّخولِ، فلا مَهْرَ لها)؛ لأنَّ المهرَ فيه لا يَجِبُ بِمُجرَّدِ العقدِ لِفَسادِهِ، وإنَّما يجبُ باستيفاءِ منافعِ البُضْعِ، (وكذا بعدَ الخَلْوةِ)؛ لأنَّ الخلوةَ فيه لا يثبت بها التَّمكُّن فلا تُقامُ مُقامَ الوطء، (فإن دَخَلَ بها فَلَها مَهْرُ مِثلِها لا يُزادُ على المُسمَّى) عندنا، خلافاً لزفر رحمه الله، هو يعتبره بالبيع الفاسد[1].

ولنا: أنَّ المستوفَى[2] ليس بمال، وإنَّما يَتقوَّمُ بالتَّسمية، فإذا زادت على مَهرِ المثلِ لم تجب الزِّيادةُ لِعَدم صحَّةِ التَّسميةِ، وإنْ نَقَصت لم تجبِ الزِّيادةُ على المسمَّى؛ لانعدامِ التَّسميةِ.

بخلاف البيعِ لأنَّه مالٌ متقوِّمٌ في نفسِهِ فَيَتقدَّرُ بدلُهُ بقيمتِهِ.

(وعليها العِدَّةُ) إلحاقاً لِلشُّبهَةِ بالحقيقةِ في موضعِ الاحتياطِ، وتَحرُّزاً عن اشتباهِ النَّسب، (ويُعتَبَرُ ابتداؤها مِنْ وَقْتِ التَّفريقِ لا مِنْ آخِرِ الوَطآتِ) هو الصَّحيح؛ لأنَّها تجبُ باعتبار شُبهةِ النِّكاحِ، ورَفْعُها بالتَّفريق.

(ويَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِها)؛ لأنَّ النَّسبَ يُحتاطُ في إثباتِهِ إحياءً للولد، فَيترتَّبُ على الثَّابتِ من وجهٍ. وتُعتَبَر مدَّة النَّسبِ من وقتِ الدُّخولِ عند محمد رحمه الله، وعليه الفتوى؛ لأنَّ النِّكاحَ الفاسدَ ليس بداعٍ إليه، والإقامةُ باعتباره[3].

---

(١) يعني: أنَّ القيمةَ في البيع الفاسدِ تجبُ بالغةً ما بلغت وإن زادت على الثَّمن، فكذلك مهرُ المِثل وإن زادَ على المُسمَّى؛ لكونِ كلٍّ واحدٍ منهما موجِباً أصليّاً، فإذا اعترَضَ الفسادُ يُرجَعُ إلى الموجِب الأصليِّ. عناية.

(٢) وهو البُضعُ.

(٣) أي: إقامةُ النِّكاح مقام الوطء باعتبار أنَّ النِّكاح داعٍ إلى الوطء، والنِّكاحُ الفاسد ليس بداعٍ إليه، =

ومَهْرُ مِثلِها يُعتَبَرُ بِأخَواتِها وعَمَّاتِّها وبناتِ أعمامِها، ولا يُعتَبَرُ بِأمِّها وخالَتِها إذا لم تَكُونا مِنْ قَبِيلَتِها، فإنْ كانتِ الأمُّ مِنْ قَومِ أبيها، بِأنْ كانتْ بِنْتَ عَمِّهِ، فَحِينئذٍ يُعتبرُ بِمَهرِها، ويُعتَبَرُ في مَهرِ المِثلِ أنْ تَتَساوَى المرأتانِ في السِّنِّ والجَمالِ والمالِ والعَقْلِ والدِّينِ والبَلَدِ والعَصْرِ. ....

مطلب: تحديد مهر المثل

قال: (ومَهْرُ مِثلِها يُعتَبَرُ بِأخَواتِها وعَمَّاتِّها وبناتِ أعمامِها)؛ لِقَول ابنِ مسعود رضي الله عنه: «لها مهرُ مثلِ نسائها لا وَكْسَ فيه ولا شَطَط»[1]، وهُنَّ أقاربُ الأب، ولأنَّ الإنسان من جنس قومِ أبيه، وقيمةُ الشَّيء إنَّما تُعرَف بالنَّظر في قيمة جنسِهِ.

(ولا يُعتَبَرُ بِأمِّها وخالَتِها إذا لم تَكُونا مِنْ قَبِيلَتِها) لما بيَّنَّا[2] (فإنْ كانتِ الأمُّ مِنْ قَومِ أبيها، بِأنْ كانتْ بِنْتَ عَمِّهِ، فَحِينئذٍ يُعتبرُ بِمَهرِها) لِما أنَّها من قوم أبيها.

(ويُعتَبَرُ في مَهرِ المِثلِ أنْ تَتَساوَى المرأتانِ في السِّنِّ والجَمالِ والمالِ والعَقْلِ والدِّينِ والبَلَدِ والعَصْرِ)؛ لأنَّ مهرَ المثلِ يَختلِفُ باختلافِ هذه الأوصاف، وكذا يَختلِفُ باختلافِ الدَّارِ والعَصر.

قالوا: ويُعتَبرُ التَّساوي أيضاً في البكارة [والثُّيوبة][3]؛ لأنَّه يختلف بالبكارة والثُّيوبة.

= فلا يقام مقامه. عناية.

(١) أخرج الترمذي في النِّكاح، باب: ما جاء في الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل أن يفرض لها (١١٤٥)، والنَّسائي في الصغرى، كتاب النكاح، باب: إباحة التَّزوج بغير صداق (٣٣٥٥)، وأبو داود في النكاح، باب: فيمن تزوج ولم يسم صداقا حتى مات (٢١١٤) عن ابن مسعود: أنَّه سُئل عن رجلٍ تزوَّجَ امرأةً ولم يَفرِضْ لها صَداقاً، ولم يدخل بها حتَّى مات، فقال ابن مسعود: «لها مِثلُ صَداقِ نِسائِها، لا وَكْسَ ولا شَطَط، وعليها العِدَّةُ، ولها الميراثُ»، فقام مَعقِلُ بن سنان الأشجعي فقال: قضى رسول الله ﷺ في بِرْوَعِ بنتِ واشِقٍ - امرأة منَّا - مِثلَ الذي قضيتَ، فَفَرِح بها ابنُ مسعود.

(٢) إشارةٌ إلى قوله: «وقيمةُ الشَّيءِ إنَّما تُعرَفُ بالنَّظرِ في قيمةِ جنسه».

(٣) زيادة من (ج).

وإذا ضَمِنَ الوَلِيُّ المَهرَ صَحَّ ضَمانُهُ، ثمَّ المرأةُ بالخيارِ في مُطالَبَتِها زَوْجَها أو وَلِيَّها. وَلِلمرأةِ أنْ تَمْنَعَ نَفْسَها حتَّى تَأْخُذَ المَهْرَ، وتَمْنَعَهُ أنْ يُخرِجَها. وليس لِلزَّوجِ أنْ يَمْنَعَها مِنَ السَّفَرِ والخُروجِ مِنْ مَنزِلِهِ وَزِيارَةِ أهلِها حتَّى يُوفِّيَها المهرَ كُلَّهُ.

(وإذا ضَمِنَ الوَلِيُّ المَهرَ صَحَّ ضَمانُهُ)؛ لأنَّه من أهلِ الالتزام، وقد أضافه إلى ما يقبَلُهُ فيصحُّ، (ثمَّ المرأةُ بالخيارِ في مُطالَبَتِها زَوْجَها أو وَلِيَّها) اعتباراً بسائر الكفالات.

ويرجعُ الوليُّ إذا أدَّى عن الزَّوجِ إن كان بأمره، كما هو الرَّسمُ في الكفالة.

وكذلك يصحُّ هذا الضَّمانُ وإن كانت الزَّوجةُ صغيرةً، بخلاف ما إذا باع الأبُ مالَ الصَّغيرِ وضَمِن الثَّمنَ؛ لأنَّ الوليَّ سفيرٌ ومعبِّرٌ في النِّكاح، وفي البيع عاقدٌ ومباشرٌ، حتَّى ترجعُ العُهدةُ عليه والحقوقُ إليه، ويصحُّ إبراؤه عند أبي حنيفة ومحمد رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، ويملكُ قبضَهُ بعد بلوغِهِ[(١)]، فلو صحَّ الضَّمانُ يصيرُ ضامناً لنفسه.

وولايةُ قبضِ المهرِ للأبِ بِحُكمِ الأبوَّةِ، لا باعتبار أنَّه عاقدٌ، ألا ترى أنَّه لا يَملِكُ القبضَ بعد بلوغِها، فلا يصيرُ ضامناً لنفسه.

قال: (وَلِلمرأةِ أنْ تَمْنَعَ نَفْسَها حتَّى تَأْخُذَ المَهْرَ، وتَمْنَعَهُ أنْ يُخرِجَها) أي: يسافرَ بها؛ لِيَتعيَّن حقُّها في البدلِ كما تعيَّن حقُّ الزَّوج في المُبدَل وصار كالبيع[(٢)].

(وليس لِلزَّوجِ أنْ يَمْنَعَها مِنَ السَّفَرِ والخُروجِ مِنْ مَنزِلِهِ وَزِيارَةِ أهلِها حتَّى يُوفِّيَها المهرَ كُلَّهُ)، أي: المعجَّل منه؛ لأنَّ حقَّ الحبسِ لاستيفاءِ المُستَحَقِّ، وليس له حقُّ الاستيفاءِ قبل الإيفاءِ.

---

(١) أي: يملك الأبُ قبضَ الثَّمن بعد بلوغ الصَّغير.

(٢) أي: في أنَّ البائع له أن يحبس المبيعَ حتَّى يأخذ الثَّمن تسويةً بين البدلين في التَّعيين.

ولو كانَ المَهرُ كُلُّهُ مُؤَجَّلاً ليس لها أنْ تَمْنَعَ نَفْسَها، ....

(ولو كانَ المَهرُ كُلُّهُ مُؤَجَّلاً[1] ليس لها أنْ تَمْنَعَ نَفْسَها[2])؛ لإسقاطِها حقَّها بالتَّأجيلِ كما في البيع[3]، وفيه خلافُ أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ[4].

وإن دَخَل بها فكذلك الجوابُ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ، وقالا: ليس لها أن تمنعَ نفسها.

والخلافُ فيما إذا كان الدُّخولُ برضاها، حتَّى لو كانت مُكرَهةً أو كانت صبيَّةً أو مجنونةً لا يَسقُطُ في حقِّها الحبس بالاتِّفاق.

وعلى هذا الخلافِ الخَلوةُ بها برضاها[5].

ويبتني على هذا استحقاقُ النَّفقة[6].

لهما: أنَّ المعقودَ عليه كلَّه قد صار مُسلَّما إليه بالوَطأةِ الواحدة وبالخلوة، ولهذا يتأكَّدُ بها جميعُ المهرِ، فلم يبقَ لها حقُّ الحبسِ كالبائعِ إذا سلَّم المبيعَ.

وله: أنَّها مَنَعت منه ما قابَلَ البَدَل؛ لأنَّ كلَّ وَطأةٍ تَصرُّفٌ في البُضع المحتَرَمِ، فلا يخلو عن العِوَض إبانةً لخطَرِهِ.

والتَّأكيدُ بالواحدة[7] لجهالة ما وراءها، فلا يصلُحُ مُزاحماً للمعلوم، ثمَّ إذا وُجِد

---

(١) أي: مؤجلاً مدَّةً معلومةً، أو قليلةَ الجَهالةِ كالحصادِ ونحوه، بخلافِ ذلك في البيع، وبخلافِ المُتفاحشةِ كإلى مَيسَرةٍ وهُبوبِ الرِّيح، حيثُ يكونُ المهرُ حالاً. فتح.

(٢) ليس لها أن تمنعَ نفسَها قبلَ الحُلولِ ولا بعده؛ لأنَّ هذا العقدَ ما أوجَبَ لها حَقَّ الحَبسِ، فلا يَثبُتُ بعده، وكذا لو أجَّلته بعد العقدِ مدَّةً معلومةً. فتح.

(٣) أي: كما في البيع إذا أجَّلَ الثَّمنَ، ليس له مَنْعُ المَبيعِ إلى غايةِ القبضِ. فتح.

(٤) هو يقول: موجَب النِّكاح عند الإطلاق تسليمُ المهرِ أوَّلاً عيناً كان أو دَيناً، فحين قَبِل الزَّوجُ الأجلَ مع عِلمِه بموجَبِ العقد فقد رضي بتأخير حقِّه إلى أن يُوفِّي المهر بعد حلول الأجل.

(٥) لا تُسقِطُ الخلوةُ حقَّها في حَبسِ نَفسِها عنده، خلافاً لهما.

(٦) فتستحقُّها مدَّةَ المنعِ عندَ الإمامِ؛ لأنَّه منعٌ بحقٍّ، ولا تستحقُّها عندهما؛ لأنَّها ناشزٌ.

(٧) أي: بالوطأة الواحدةِ، وهو جوابٌ عن قولهما: «ولهذا يتأكَّدُ بها جميعُ المَهرِ». عناية.

وإذا أوفاها مَهرَها نَقلَها إلى حَيثُ شاء. ومَنْ تَزَوَّجَ امرأةً ثُمَّ اختَلَفا في المهرِ، فَالقَولُ قَولُ المرأةِ إلى تَمامِ مَهرِ مِثلِها، والقَولُ قَولُ الزَّوجِ فيما زادَ على مَهرِ المِثلِ، وإنْ طَلَّقَها قَبلَ الدُّخولِ بها فَالقَولُ قَولُهُ في نِصفِ المَهرِ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: القَولُ قَولُهُ بعدَ الطَّلاقِ وقَبْلَهُ، إلَّا أنْ يأتي بِشَيءٍ قليلٍ، ....

آخَرُ وصار معلوماً تحقَّقت المزاحمةُ وصار المَهرُ مُقابَلاً بالكلِّ، كالعبد إذا جنى جنايةً يُدفَع كلُّه بها، ثمَّ إذا جنى جنايةً أخرى وأخرى يُدفَع بجميعها.

(وإذا أوفاها مَهرَها نَقلَها إلى حَيثُ شاء)؛ لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ [الطَّلَاق: ٦] الآية، وقيل: لا يُخرِجُها إلى بلدٍ غيرِ بلدِها؛ لأنَّ الغَريبَ يُؤذَى، وفي قُرى المصرِ القريبةِ لا تتحقَّقُ الغُربةُ.

قال: (ومَنْ تَزَوَّجَ امرأةً ثُمَّ اختَلَفا في المهرِ، فَالقَولُ قَولُ المرأةِ إلى تَمامِ مَهرِ مِثلِها، والقَولُ قَولُ الزَّوجِ فيما زادَ على مَهرِ المِثلِ، وإنْ طَلَّقَها قَبلَ الدُّخولِ بها فَالقَولُ قَولُهُ في نِصفِ المَهرِ، وهذا عند أبي حنيفة و محمد).

(وقال أبو يوسف: القَولُ قَولُهُ بعدَ الطَّلاقِ وقَبْلَهُ إلَّا أنْ يأتي بِشَيءٍ قليلٍ)، ومعناه: ما لا يتعارف مهراً لها، هو الصَّحيح.

لأبي يوسف: أنَّ المرأةَ تَدَّعي الزِّيادةَ والزَّوجُ يُنكِرُ، والقَولُ قولُ المنكِرِ مع يمينه، إلَّا أن يأتي بشيء يُكذِّبُه الظَّاهرُ فيه، وهذا لأنَّ تَقوُّمَ منافعِ البُضعِ ضَروريٌّ، فمَتَى أمكَنَ إيجابُ شيءٍ من المُسمَّى لا يُصار إليه[1].

ولهما: أنَّ القولَ في الدَّعاوى قولُ مَن يَشهَدُ له الظَّاهر، والظَّاهرُ شاهدٌ لِمَن يشهد له مهرُ المثلِ؛ لأنَّه هو المُوجَبُ الأصليُّ في باب النِّكاح، وصار كالصَّبَّاغ مع ربِّ الثَّوب إذا اختلفا في مِقدارِ الأجر، يُحكَّم فيه قيمةُ الصِّبغ.

---

(١) أي: إلى مهر المثل.

ولو كانَ الاختلافُ في أصلِ المُسمَّى يَجِبُ مَهْرُ المِثلِ بالإجماع، ولو كان

ثمَّ ذكر[1] ههنا أنَّ بعد الطَّلاقِ قبلَ الدُّخولِ القولَ قولُهُ في نصفِ المهرِ، وهذا روايةُ الجامعِ الصَّغير والأصلِ، وذكَرَ في الجامعِ الكبيرِ أنَّه يُحكَّم مُتعةُ مِثلِها، وهو قياسُ قولهما؛ لأنَّ المتعةَ مُوجَبَةٌ بعد الطَّلاق كمهر المثلِ قبلَه، فتُحَكَّم كهو.

ووجهُ التَّوفيق: أنَّه وضَعَ المسألةَ في الأصل في الألف والألفين، والمتعةُ لا تبلغ هذا المبلَغَ في العادة، فلا يفيد تَحكيمُها، ووَضَعَها في الجامع الكبير في العشرة والمائة ومُتعَةُ مِثلِها عشرون فيفيدُ تَحكيمُها، والمذكورُ في الجامع الصَّغير ساكتٌ عن ذِكْر المقدار، فَيُحمَل على ما هو المذكور في الأصل.

وشرحُ قولهما فيما إذا اختلفا في حالِ قيام النِّكاح: أنَّ الزَّوجَ إذا ادَّعى الألفَ والمرأةَ الألفين، فإن كان مهرُ مِثلِها ألفاً أو أقلَّ، فالقولُ قولُهُ، وإن كان ألفين أو أكثَرَ فالقَولُ قولُها، وأيُّهما أقام البيِّنةَ في الوجهين[2] تُقبَلُ، وإن أقاما البيِّنةَ في الوجه الأوَّل تُقبَل بيِّنتُها؛ لأنَّها تُثبِت الزِّيادة، وفي الوجه الثاني بيِّنتُهُ لأنَّها تُثبِت الحطَّ.

وإن كان مهرُ مِثلِها ألفاً وخمسمائة تَحالَفا[3]، وإذا حَلَفا يجب ألفٌ وخمسمائة[4]، هذا تخريج الرَّازي، وقال الكرخيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يتحالفان في الفُصول الثَّلاثة، ثمَّ يُحكَّم مَهرُ المثل بعد ذلك.

(ولو كانَ الاختلافُ في أصلِ المُسمَّى[5] يَجِبُ مَهْرُ المِثلِ بالإجماع)؛ لأنَّه

---

(١) أي: في الجامع الصَّغير.

(٢) أي: فيما إذا شَهِد مهرُ المثلِ للزَّوج وفيما إذا شَهِد مهرُ المثل للمرأة.

(٣) لأنَّ الزَّوج يدَّعي عليها الحطَّ عن مهر المثل وهي تُنكِر، والمرأة تَدَّعي عليه الزِّيادةَ وهو يُنكِر.

(٤) ألفٌ بِطَريق التَّسمية لا يُخيَّر الزَّوج فيها؛ لاتِّفاقهما على تسمية الألف، وخَمسُمائة باعتبار مهرِ المثلِ يُخيَّر فيها الزَّوج.

(٥) بأن ادَّعى أحدُهما التَّسميةَ، وأنكَرَ الآخَرُ، كان القولُ قولَ مَن يُنكِرُ التَّسمية. عناية.

الاختلافُ بعدَ مَوتِ أحَدِهِما فَالجَوابُ فيه كالجَوابِ في حياتِهِما، ولو كانَ الاختلافُ بعدَ مَوتِهِما في المِقدارِ، فَالقَولُ قَولُ وَرَثَةِ الزَّوجِ. وإذا ماتَ الزَّوجان - وقَدْ سَمَّى لها مَهراً - فَلِوَرَثَتِها أنْ يَأخُذُوا ذلكَ مِنْ مِيراثِ الزَّوجِ، وإنْ لم يُسَمِّ لها مَهراً فلا شَيءَ لِوَرَثَتِها عندَ أبي حنيفة، وقالا: لِوَرَثَتِها المهرُ في الوَجْهَينِ. ....

هو الأصل عندهما، وعنده تَعذَّر القضاءُ بالمسمَّى فيُصار إليه.

(ولو كان الاختلافُ بعدَ مَوتِ أحَدِهِما فَالجَوابُ فيه كالجَوابِ في حياتِهِما)؛ لأنَّ اعتبار مَهرِ المِثل لا يسقط بموت أحدهما.

(ولو كانَ الاختلافُ بعدَ مَوتِهِما في المِقدارِ فَالقَولُ قَولُ وَرَثَةِ الزَّوجِ) عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، ولا يُستثنى القليل.

وعند أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: القولُ قولُ الورثةِ إلَّا أن يأتوا بشيءٍ قليل.

وعند محمد: الجوابُ فيه كالجواب في حالة الحياة.

وإن كان[1] في أصل المسمَّى، فعند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: القولُ قولُ من أنكره.

فالحاصلُ أنَّه لا حُكم لِمَهرِ المثلِ عندَه بعدَ موتهما على ما نُبيِّنُه من بعد إن شاء الله.

(وإذا ماتَ الزَّوجانِ - وقَدْ سَمَّى لها مَهراً - فَلِوَرَثَتِها أنْ يَأخُذُوا ذلكَ مِنْ مِيراثِ الزَّوجِ، وإنْ لم يُسَمِّ لها مَهراً فلا شَيءَ لِوَرَثَتِها عندَ أبي حنيفة، وقالا: لِوَرَثَتِها المهرُ في الوَجْهَينِ). معناه: المسمَّى في الوجه الأول ومهرُ المثل في الوجه الثَّاني.

أمَّا الأوَّل: فلأنَّ المسمَّى دَينٌ في ذمَّته، وقد تأكَّد بالموت، فيُقضَى من تَرِكته، إلَّا إذا عُلم أنَّها ماتت أوَّلاً فيَسقُط نصيبُهُ من ذلك.

---

(١) أي: الاختلاف.

وَمَنْ بَعَثَ إلى امرأتِهِ شَيئاً فقالت: «هو هَدِيَّةٌ»، وقال الزَّوج: «هو مِنَ المهرِ»، فَالقَولُ قَولُهُ إلَّا في الطَّعامِ الذي يُؤكَلُ فإنَّ القَولَ قَولُها.

فصل

وإذا تَزَوَّجَ النَّصرانِيُّ نَصرانيَّةً على مَيتَةٍ أو على غَيرِ مَهرٍ، وذلك في دِينِهِم جائزٌ، ودَخَلَ بها، أو طَلَّقَها قَبلَ الدُّخولِ بها، أو ماتَ عنها، فليس لها مَهْرٌ، وكذلك الحَربِيَّان في دارِ الحَرْبِ. ....

وأمَّا الثاني: فوجهُ قولِهما أنَّ مهرَ المثلِ صارَ دَيناً في ذمَّتِه كالمُسمَّى، فلا يسقُطُ بالموت كما إذا مات أحدُهما.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ: أنَّ مَوتَهما يدلُّ على انقراضِ أقرانِهما، فَبِمَهر مَنْ يُقدِّرُ القاضي مهرَ المثل.

(وَمَنْ بَعَثَ إلى امرأتِهِ شَيئاً فقالت: «هو هَدِيَّةٌ»، وقال الزَّوج: «هو مِنَ المهرِ»، فَالقَولُ قَولُهُ)؛ لأنَّه هو المُمَلِّك فكان أعرَفَ بجهة التَّمليك، كيف وأنَّ الظَّاهر أنَّه يسعى في إسقاط الواجب.

قال: **(إلَّا في الطَّعام الذي يُؤكَلُ فإنَّ القَولَ قَولُها)**، والمرادُ منه ما يكون مهيَّأً للأكل؛ لأنَّه يُتعارَف هديَّةً، فأمَّا في الحِنطة والشَّعير فالقولُ قولُهُ لِما بيَّنَّا.

وقيل: ما يجب عليه من الخِمار والدِّرع وغيرهما ليس له أن يَحتَسِبه من المهر؛ لأنَّ الظَّاهر يُكذِّبه، والله أعلم.

(فصل)

(وإذا تَزَوَّجَ النَّصرانِيُّ نَصرانيَّةً على مَيتَةٍ أو على غَيرِ مَهرٍ، وذلك في دِينِهِم جائزٌ، ودَخَلَ بها، أو طَلَّقَها قَبلَ الدُّخولِ بها، أو ماتَ عنها، فليس لها مَهْرٌ، وكذلك الحَربِيَّان في دارِ الحَرْبِ) وهذا عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ، وهو قولُهما في الحربيَّين.

وأمَّا في الذِّمِّيَّةِ فلها مهرُ مِثلِها إنْ مات عنها أو دَخَل بها، والمُتعةُ إن طَلَّقها قبلَ الدُّخولِ بها.

وقال زفر رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لها مهرُ المثلِ في الحربيَّينِ أيضاً.

له: أنَّ الشَّرعَ ما شَرَعَ ابتغاءَ النِّكاحِ إلَّا بالمال، وهذا الشَّرعُ وقع عامّاً[١]، فَيَثبتُ الحكمُ على العموم.

ولهما: أنَّ أهلَ الحربِ غيرُ مُلتَزِمينَ أحكامَ الإسلامِ، وولايةُ الإلزامِ مُنقطعةٌ لِتَبايِنِ الدَّارِ، بخلافِ أهل الذِّمَّةِ؛ لأنَّهم التزموا أحكامَنا فيما يَرجِعُ إلى المعاملاتِ، كالرِّبا والزِّنا، وولايةُ الإلزامِ متحقِّقةٌ لاتِّحادِ الدَّار.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنَّ أهلَ الذِّمَّةِ لا يَلتزِمونَ أحكامَنا في الدِّياناتِ[٢] وفيما يَعتقِدُونَ خلافَهُ في المعاملات، وولايةُ الإلزام بالسَّيفِ وبالمُحاجَّةِ، وكلُّ ذلك مُنقطِعٌ عنهم باعتبارِ عَقدِ الذِّمَّةِ، فإنَّا أُمِرنا بأن نَترُكَهُم وما يَدِينون، فصاروا كأهلِ الحربِ.

بخلاف الزِّنا لأنَّه حرامٌ في الأديانِ كلِّها، والرِّبا مُستثنى عن عُقودِهِم؛ لقوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ألا مَن أربى فليس بيننا وبينه عهدٌ[٣]».

وقوله في الكتاب[٤]: «أو على غيرِ مَهرٍ» يَحتمِلُ نفيَ المهرِ، ويَحتمِلُ السُّكوت. وقد قيل في الميتة والسُّكوت روايتان[٥]، والأصحُّ أنَّ الكلَّ على الخلاف[٦].

---

(١) أي: فيتناولُ الكفَّارَ بناءً على أنَّهم مخاطبون بالمعاملات، والنِّكاحُ منها، غيرَ أنَّه يصيرُ عبادةً بالنِّيَّةِ، والكافرُ ليس من أهلها، فتمَحَّضَ معاملةً في حقِّه. فتح.

(٢) كالصَّلاة والصَّومِ والزَّكاة.

(٣) أخرج ابن أبي شيبة في المغازي، باب: ما ذكروا في أهلِ نَجران وما أراد النَّبيُّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (٣٧٠١٥) عن الشَّعبيِّ قال: كتَبَ رسولُ الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى أهل نَجرانَ وهم نصارى: «أنَّ مَن بايَعَ منكم بالرِّبا فلا ذِمَّةَ له».

(٤) أي: قولُ محمد في الجامع الصغير.

(٥) يعني: عن أبي حنيفة في روايةٍ: يجبُ مهرُ المثلِ كما قالا، وفي رواية: لا يجبُ شيءٌ.

(٦) يعني: عنده: لا يجبُ شيءٌ، وعندهما: يجبُ مهرُ المثل.

فإنْ تَزَوَّجَ الذِّمِّيُّ ذِمِّيَّةً على خَمرٍ أو خِنزيرٍ، ثمَّ أسلَما أو أسلَمَ أحَدُهما، فَلَها الخَمرُ والخِنزيرُ.

(فإنْ تَزَوَّجَ الذِّمِّيُّ ذِمِّيَّةً على خَمرٍ أو خِنزيرٍ، ثمَّ أسلَما أو أسلَمَ أحَدُهما، فَلَها الخَمرُ والخِنزيرُ)، ومعناه: إذا كانا بأعيانِهما والإسلامُ قبلَ القبضِ، وإنْ كانا بغيرِ أعيانِهما فَلَها في الخمرِ القيمةُ وفي الخنزيرِ مَهرُ المثلِ، وهذا عن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: لها مهرُ المثلِ في الوجهين.

وقال محمد: لها القيمةُ في الوجهين.

وجهُ قولهما[1]: أنَّ القبضَ مؤكِّدٌ للمِلكِ في المَقبوضِ، فيكون له شَبَهٌ بالعقدِ، فَيمتنعُ بسببِ الإسلامِ كالعقدِ، وصار كما إذا كانا بِغَيرِ أعيانهما.

وإذا التحقَتْ حالةُ القَبضِ بحالةِ العقدِ فأبو يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ يقول: لو كانا مسلِمَينِ وقتَ العقدِ يجبُ مَهرُ المِثلِ، فكذا ههنا، ومحمد رَحِمَهُ اللَّهُ يقول: صحَّتِ التَّسميةُ لِكَون المسمَّى مالاً عندهم، إلَّا أنَّه امتنع التَّسلمُ للإسلامِ، فتجبُ القيمةُ كما إذا هَلَكَ العبدُ المسمَّى قبلَ القبضِ.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّ المِلكَ في الصَّداقِ المُعيَّنِ يَتمُّ بِنَفسِ العقدِ، ولهذا تَملِكُ التَّصرُّفَ فيه، وبالقبضِ يَنتقِلُ من ضمان الزَّوجِ إلى ضمانِها، وذلك لا يَمتنِعُ بالإسلامِ كاستردادِ الخمرِ المغصوبةِ، وفي غير المعيَّن القبضُ يُوجِب مِلك العين فيمتنع بالإسلام، بخلاف المشترى[2]؛ لأنَّ مِلكَ التَّصرُّفِ فيه إنَّما يُستفادُ بالقبضِ.

---

(١) إنَّما جمَعَ بين قولِهما وإن كانا مُختلِفَينِ فيما بينهما؛ لأنَّهما يَتَّفقان في أن لا يُوجِبا عينَ الخَمرِ والخنزير. عناية.

(٢) متَّصل بقوله: «إنَّ الملك في الصَّداق المعين إلخ»، يعني: بخلاف ما إذا باع الذِّمِّيُّ الخمرَ أو الخنزير أو اشترى ثمَّ أسلم قبل القبض، فإنَّه لا يجوز له القبض بل ينفسخ العقد؛ لأنَّ المبيع يُستفاد ملك التَّصرُّف فيه بعد القبض لا قبله، والإسلامُ مانعٌ منه. اهـ عناية.

وإذا تعذَّر القبضُ في غير المعيَّن لا تجبُ القيمةُ في الخنزير؛ لأنَّه من ذواتِ القِيَمِ، فيكون أخذُ قيمتِهِ كأخذ عينِهِ، ولا كذلك الخمرُ؛ لأنَّها من ذوات الأمثالِ، ألا ترى أنَّه لو جاء بالقيمةِ قبلَ الإسلامِ تُجبَرُ على القَبولِ في الخنزيرِ دونَ الخَمرِ.

ولو طلَّقها قبلَ الدُّخول بها، فمن أوجب مهرَ المثلِ أوجب المتعةَ، ومن أوجب القيمةَ أوجب نِصفَها، والله أعلم.

باب نكاح الرقيق

لا يَجوزُ نِكاحُ العَبدِ والأمَةِ إلَّا بِإذنِ مَولاهُما، وكَذَلِكَ المكاتَبُ، وكذا المُدَبَّرُ وأمُّ الوَلَدِ. وإذا تَزَوَّجَ العَبدُ بِإذْنِ مَولاهُ، فَالمَهْرُ دَيْنٌ في رَقَبَتِهِ يُباعُ فيه، ....

(باب نكاح الرقيق)

(لا يَجوزُ نِكاحُ العَبدِ والأمَةِ إلَّا بِإذنِ مَولاهُما)، وقال مالك رَحِمَهُ اللَّهُ[(١)]: يجوزُ للعبد لأنَّه يَملِكُ الطَّلاقَ فَيَملِكُ النِّكاحَ.

ولنا: قوله ﷺ: «أيُّما عبدٍ تزوَّج بغير إذن مولاه فهو عاهرٌ[(٢)]»؛ ولأنَّ في تنفيذِ نكاحِهما تَعييبَهُما، إذِ النِّكاحُ عيبٌ فيهما، فلا يَملِكانِهِ بدونِ إذنِ مَولاهُما.

(وكَذَلِكَ المكاتَبُ)؛ لأنَّ الكتابةَ أوجبَتْ فكَّ الحَجْرِ في حقِّ الكسبِ، فَبَقِيَ في حقِّ النِّكاحِ على حُكمِ الرِّقِّ، ولهذا لا يَملِكُ المكاتَبُ تزويجَ عبدِهِ، ويملكُ تزويجَ أمتِهِ لأنَّه من باب الاكتسابِ، وكذا المكاتَبَةُ لا تَملِكُ تزويجَ نفسِها بدونِ إذنِ المولى وتَملِك تزويجَ أمَتِها لِما بيَّنَّا[(٣)]، (وكذا المُدَبَّرُ وأمُّ الوَلَدِ)؛ لأنَّ المِلكَ فيهما قائمٌ.

(وإذا تَزَوَّجَ العَبدُ بِإذْنِ مَولاهُ، فَالمَهْرُ دَيْنٌ في رَقَبَتِهِ يُباعُ فيه)؛ لأنَّ هذا دَينٌ وَجب

---

(١) مذهب المالكية: أنَّ للسَّيِّد، ذكراً أو أنثى، رَدُّ نكاحِ عبدِهِ، الذَّكرِ القِنِّ، ومَن فيه شائبةٌ، كمكاتَبٍ، حيثُ تزوَّجَ بغيرِ إذنِهِ، بطلقةٍ فقط، فلو أوقَعَ طلقتينِ لم يلزَمِ العبدَ إلَّا واحدةٌ بائنةٌ. وله الإمضاءُ ولو طالَ الزَّمنُ بعدَ علمِهِ. انظر الشرح الكبير المطبوع بهامش حا الدسوقي (٢/ ٢٤٢).

(٢) أخرجه أبو داود في النكاح، باب: في نكاح العبد بغير إذن مواليه (٢٠٧٨)، والترمذي - واللفظ له - في النكاح، باب: ما جاء في نكاح العبد بغير إذن سيده (١١١٢) عن جابر بن عبد الله: عن النَّبيِّ ﷺ قال: «أيُّما عبدٍ تزوَّجَ بغيرِ إذنِ سيِّدِهِ فهو عاهرٌ»، وقال: حديث حسنٌ صحيح.
وأخرج أبو داود في النكاح، باب: في نكاح العبد بغير إذن مواليه (٢٠٧٩) عن ابن عمر: عن النَّبيِّ ﷺ قال: «إذا نَكَحَ العبدُ بغيرِ إذنِ مولاهُ فنكاحُهُ باطلٌ».

(٣) يعني: قوله: «لأنَّه من باب الاكتساب».

والمُدَبَّرُ والمكاتَبُ يَسْعَيانِ في المَهرِ ولا يُباعانِ فيهِ. وإذا تَزَوَّجَ العبدُ بِغَيرِ إذنِ مَولاهُ فقال المَولَى: «طَلِّقْها، أو فارِقْها» فليسَ هذا بإجازةٍ، وإنْ قال: «طَلِّقْها تَطلِيقَةً تَملِكُ الرَّجعةَ» فهو إجازةٌ. ومَنْ قالَ لِعَبدِهِ: «تَزَوَّجْ هذهِ الأمَةَ» فَتَزَوَّجَها نِكاحاً فاسِداً ودَخَلَ بها، فإنَّهُ يُباعُ في المَهرِ عندَ أبي حنيفة، وقالا: يُؤخَذُ منه إذا عَتَقَ. ....

في رقبةِ العبدِ لِوُجودِ سببِهِ من أهلِهِ، وقد ظَهَر في حقِّ المولى لِصُدُورِ الإذنِ من جهتِهِ، فيتعلَّقُ برقبتِهِ دَفعاً لِلمَضرَّةِ عن أصحابِ الدُّيونِ كما في دَيْن التِّجارة.

(والمُدَبَّرُ والمكاتَبُ يَسْعَيانِ في المَهرِ ولا يُباعانِ فيهِ)؛ لأنَّهما لا يَحتمِلان النَّقلَ من مِلكٍ إلى مِلكٍ مع بقاءِ الكتابةِ والتَّدبيرِ، فيؤدَّى من كَسبِهِما لا من نفسِهِما.

(وإذا تزَوَّجَ العبدُ بِغيرِ إذنِ مَولاهُ فقال المَولَى: «طَلِّقْها، أو فارِقْها» فليسَ هذا بإجازةٍ)؛ لأنَّه يَحتمِلُ الرَّدَّ؛ لأنَّ ردَّ هذا العقدِ ومتارَكَته يُسمَّى طَلاقاً ومفارَقةً، وهو أليقُ بحالِ العبدِ المُتمرِّدِ، أو هو أدنى، فكان الحملُ عليه أولى.

(وإنْ قال: «طَلِّقْها تطلِيقَةً تَملِكُ الرَّجعةَ» فهو إجازةٌ)؛ لأنَّ الطَّلاقَ الرَّجعيَّ لا يكون إلَّا في نكاحٍ صحيحٍ، فتتعيَّنُ الإجازة.

(ومَنْ قالَ لِعَبدِهِ: «تَزَوَّجْ هذهِ الأمَةَ» فَتَزَوَّجَها نِكاحاً فاسِداً ودَخَلَ بها، فإنَّهُ يُباعُ في المَهرِ عندَ أبي حنيفة، وقالا: يُؤخَذُ منه إذا عَتَقَ).

وأصلُهُ: أنَّ الإذنَ في النِّكاحِ ينتظِمُ الفاسدَ والجائزَ عنده، فيكون هذا المهرُ ظاهراً في حقِّ المولى. وعندهما: يَنصرِف إلى الجائزِ لا غير، فلا يكونُ ظاهراً في حقِّ المولى، فيؤاخَذُ به بعد العتاق.

لهما: أنَّ المقصودَ من النِّكاح في المستقبلِ الإعفافُ والتَّحصينُ، وذلك بالجائز، ولهذا لو حَلَف لا يتزوَّجُ ينصرِفُ إلى الجائز، بخلاف البيع[1]؛ لأنَّ بعضَ المقاصِدِ حاصلٌ، وهو مِلكُ التَّصرُّفات.

---

(١) أي: بخلاف ما إذا أمره بالبيعِ مطلقاً، فإنَّه يتناول الجائزَ والفاسدَ.

وَمَنْ زَوَّجَ عبداً مأذوناً لَهُ مَدْيُوناً امرأةً جازَ، والمرأةُ أُسوةٌ لِلغُرَماءِ في مَهرِها. وَمَنْ زَوَّجَ أمَتَهُ فَلَيسَ عَلَيهِ أنْ يُبَوِّئها بَيْتَ الزَّوجِ، لَكِنَّها تَخدُمُ المَولَى، ويُقالُ لِلزَّوجِ: «متى ظَفِرتَ بها وَطِئْتَها»، فإنْ بَوَّأها مَعَهُ بَيْتاً فَلَها النَّفَقَةُ والسُّكنَى، وإلَّا فلا، ولو بَوَّأها بَيْتاً ثُمَّ بَدَا لَهُ أنْ يَسْتَخدِمَها لَهُ ذلكَ. ....

وله: أنَّ اللَّفظ مُطلَقٌ فيجري على إطلاقِهِ كما في البيع، وبعضُ المقاصدِ في النِّكاح الفاسدِ حاصلٌ كالنَّسبِ ووُجوبِ المهرِ والعدَّةِ على اعتبارِ وجودِ الوطءِ، ومسألةُ اليمين[١] ممنوعةٌ على هذه الطَّريقةِ.

(وَمَنْ زَوَّجَ عبداً مأذوناً لَهُ مَدْيُوناً امرأةً جازَ، والمرأةُ أُسوةٌ لِلغُرَماءِ في مَهرِها).

ومعناه: إذا كان النِّكاحُ بمهرِ المِثلِ.

ووجهُهُ: أنَّ سببَ ولايةِ المولى مِلكُه الرَّقبة على ما نذكره، والنِّكاحُ لا يُلاقي حَقَّ الغُرماءِ بالإبطالِ مقصوداً، إلَّا أنَّه إذا صحَّ النِّكاحُ وجب الدَّينُ بسببٍ لا مَردَّ له، فشابَهَ دينَ الاستهلاك، وصار كالمريضِ المَديونِ إذا تزوَّجَ امرأةً فمَهرُ مِثلِها أسوةٌ للغرماء.

(وَمَنْ زَوَّجَ أمَتَهُ فَلَيسَ عَلَيهِ أنْ يُبَوِّئها بَيْتَ الزَّوجِ، لَكِنَّها تَخدُمُ المَولَى ويُقالُ لِلزَّوجِ: «متى ظَفِرتَ بها وَطِئْتَها»)؛ لأنَّ حقَّ المولى في الاستخدام باقٍ، والتَّبوئةُ إبطالٌ له.

(فإنْ بَوَّأها مَعَهُ بَيْتاً فَلَها النَّفَقَةُ والسُّكنَى، وإلَّا فلا)؛ لأنَّ النَّفقةَ تُقابلُ الاحتباسَ، (ولو بَوَّأها بَيْتاً ثُمَّ بَدَا لَهُ أنْ يَسْتَخدِمَها لَهُ ذلكَ)؛ لأنَّ الحقَّ باقٍ لبقاءِ المِلكِ، فلا يَسقُطُ بالتَّبوئةِ كما لا يَسقُطُ بالنِّكاح.

قال ﵁: ذَكَرَ[٢] تزويجَ المَولَى عَبْدَهُ وأمَتَهُ، ولَمْ يَذْكُرْ رِضاهما، وهذا يرجعُ إلى مذهبنا: أنَّ لِلمَولى إجبارَهما على النِّكاحِ.

---

(١) وهي «ما لو حلف لا يتزوَّج»، ممنوعةٌ على طريقة إجراء اللَّفظ المطلَق على إطلاقه.

(٢) يعني: الإمام محمد في الجامع الصغير. عناية.

وَمَنْ زَوَّجَ أَمَتَهُ ثُمَّ قَتَلَها قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِها زَوْجُها، فلا مَهْرَ لها عِنْدَ أَبي حنيفة، وقالا: عليه المَهرُ لِمَولاها. وإنْ قَتَلَتْ حُرَّةٌ نَفْسَها قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِها زَوجُها فَلَها المَهرُ. ....

وعند الشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللهُ[1]: لا إجبارَ في العبدِ، وهو روايةٌ عن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ؛ لأنَّ النِّكاحَ من خصائصِ الآدميَّةِ والعبدُ داخلٌ تحتَ ملك المولى من حيثُ إنَّه مالٌ، فلا يملك إنكاحَهَ، بخلافِ الأمةِ؛ لأنَّه مالكٌ منافِعَ بُضْعِها فَيملِك تَمليكَها.

ولنا: أنَّ الإنكاحَ إصلاحُ مِلكِه؛ لأنَّ فيه تَحصينَهُ عن الزِّنا الذي هو سببُ الهلاكِ أو النُّقصانِ، فَيملِكُه اعتباراً بالأمةِ، بخلافِ المكاتَبِ والمكاتَبةِ؛ لأنَّهما التحقا بالأحرارِ تَصرُّفاً، فَيُشترط رضاهما.

قال: (ومَنْ زَوَّجَ أَمَتَهُ ثُمَّ قَتَلَها قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِها زَوْجُها، فلا مَهْرَ لها عِنْدَ أبي حنيفة، وقالا: عليه المَهرُ لِمَولاها) اعتباراً بموتها حَتْفَ أنفِها، وهذا لأنَّ المقتولَ مَيِّتٌ بأجَلِهِ فصار كما إذا قتلها أجنبيٌّ.

وله: أنَّه مَنَع المُبدَلَ قبلَ التَّسليمِ، فَيُجازى بِمَنع البَدَلِ، كما إذا ارتدَّتِ الحُرَّةُ، والقتلُ في أحكام الدُّنيا جُعِلَ إتلافاً حتَّى وَجَبَ القِصاص والدِّيةُ، فكذا في حقِّ المهرِ.

(وإنْ قَتَلَتْ حُرَّةٌ نَفْسَها قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِها زَوجُها فَلَها المَهرُ)، خِلافاً لزفر رَحِمَهُ اللهُ: هو يَعتبِرُه بالرِّدَّة وبِقَتل المولى أمَتَه، والجامعُ بينهما ما بيَّنَّاه[2].

---

(١) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٣/ ٢٢١) وما بعدها: (والأظهرُ أنَّه ليس للسَّيِّد إجبارُ عبدِهِ غيرِ المكاتب والمُبعَّضِ ولو صغيراً وخالفَهُ في الدِّين (على النِّكاح)؛ لأنَّه لا يَملِكُ رَفْعَ النِّكاح بالطَّلاق، فكيف يجبر على ما لا يَملِكُ رَفْعَه. اهـ وانظر روضة الطالبين (٧/ ١٠٢) المكتب الإسلامي.

(٢) وهو: مَنْعُ المبدَل قبل التَّسليم.

وإذا تَزَوَّجَ أمَةً فَالإذنُ في العَزلِ إلى المَولَى. وإنْ تَزَوَّجَتْ أمَةٌ بإذنِ مَولاها ثُمَّ أُعتِقَتْ، فَلَها الخِيارُ حُرّاً كان زَوْجُها أو عبداً، ....

ولنا: أنَّ جنايةَ المرءِ على نفسِهِ غيرُ مُعتَبَرةٍ في حقِّ أحكامِ الدُّنيا، فشابَهَ موتَها حَتْفَ أنفِها، بخلافِ قَتلِ المولى أمَتَهَ؛ لأنَّه معتبَرٌ في حقِّ أحكامِ الدُّنيا، حتَّى تجبُ الكفَّارةُ عليه[1].

(وإذا تَزَوَّجَ أمَةً فَالإذنُ في العَزلِ إلى المَولَى) عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ. وعنْ أبي يوسف ومحمد رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: أنَّ الإذن في العزل إليها؛ لأنَّ الوطءَ حقُّها، حتَّى تثبتُ لها ولايةُ المطالبةِ، وفي العَزلِ تَنقيصُ حقِّها فَيُشترطُ رضاها كما في الحرَّة، بخلافِ الأمةِ المملوكةِ لأنَّه لا مُطالبةَ لها فلا يُعتَبَرُ رضاها.

وجهُ ظاهر الرِّواية: أنَّ العزلَ يُخِلُّ بِمَقصودِ الولدِ، وهو حقُّ المولى فَيُعتَبَرُ رضاه، وبهذا فارقتِ الحرَّة.

(وإنْ تَزَوَّجَتْ أمَةٌ بإذنِ مَولاها ثُمَّ أُعتِقَتْ، فَلَها الخِيارُ حُرّاً كان زَوْجُها أو عبداً)؛ لقوله ﷺ لِبَريرةَ حين عَتَقَت: «مَلَكتِ بُضعَكِ فاختاري[2]»، فالتَّعليلُ بِمِلك البُضعِ صَدَر مُطلَقاً فينتظِمُ الفَصلين.

والشَّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[3] يُخالفنا فيما إذا كان زوجُها حرّاً، وهو مَحجوجٌ به، ولأنَّه يَزدادُ

---

(١) يعني: إذا قتلها خطأً، وكذلك يجبُ الضَّمانُ على المولى إن كان عليها دينٌ. عناية.

(٢) أخرج الدارقطني في النكاح، باب: المهر (١٧٠) عن عائشة: أنَّ رسولَ الله ﷺ قال لِبَريرةَ: «اذهبي فقد عتَقَ معكِ بُضعُكِ».

وأخرج البخاري في العتق، باب: بيع الولاء وهبته (٢٣٩٩)، ومسلم في العتق، باب: إنما الولاء لمن أعتق (١٥٠٤) عن عائشة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهَا قالت: اشتريتُ بريرةَ فاشتَرَطَ أهلُها وَلاءَها، فذكرتُ ذلك للنَّبيِّ ﷺ فقال: «أعتقيها فإنَّ الوَلاءَ لِمَنْ أعطى الوَرِقَ»، فأعتَقْتُها، فدعاها النَّبيُّ ﷺ فخيَّرها من زَوجِها، فقالت: لو أعطاني كذا وكذا ما ثبتُّ عنده، فاختارت نفسها. واللفظ للبخاري.

(٣) قال النووي في روضة الطالبين (٥/ ٥٢٥) ط الكتب العلمية: فإذا عتقَتْ أمةٌ تحتَ حُرٍّ، فلا خيار لها، وإن عتَقَتْ تحت عبد، فلها الخيارُ إن عتَقَتْ كلُّها، فإن أعتَقَ بعضَها فلا خيار. وقال المزني: لها =

وكَذَلِكَ المُكاتَبَةُ. وإنْ تَزَوَّجَتْ أمَةٌ بِغَيرِ إذنِ مَولاها، ثُمَّ أُعتِقَتْ صَحَّ النِّكاحُ ولا خِيارَ لها، فإنْ كانَتْ تَزَوَّجَتْ بِغَيرِ إذنِهِ على ألفٍ ومَهرُ مِثلِها مائةٌ، فَدَخَلَ بِها زَوْجُها ثُمَّ أعتَقَها مَولاها، فَالمهرُ لِلمَولَى، وإنْ لَمْ يَدخُلْ بِها حتَّى أَعتَقَها فَالمهرُ لها. ....

المِلكُ عليها عند العتقِ فَيملِكُ الزَّوجُ بعدَهُ ثلاثَ تطليقاتٍ، فَتملِكُ رفعَ أصلِ العقدِ دفعاً للزِّيادة.

(وكَذَلِكَ المُكاتَبَةُ) يعني: إذا تزوَّجت بإذنِ مولاها ثمَّ عَتَقَت[1]. وقال زفر رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا خيار لها لأنَّ العقد نَفَذ عليها برضاها، وكان المهرُ لها فلا معنى لإثبات الخيار، بخلاف الأمَةِ؛ لأنَّه لا يُعتَبَر رضاها.

ولنا: أنَّ العِلَّة ازديادُ المِلكِ، وقد وجدناها في المكاتَبةِ؛ لأنَّ عِدَّتها قُرآنِ وطلاقَها ثِنتان.

(وإنْ تَزَوَّجَتْ أمَةٌ بِغَيرِ إذنِ مَولاها، ثُمَّ أُعتِقَتْ صَحَّ النِّكاحُ)؛ لأنَّها من أهل العبارة، وامتناعُ النُّفوذِ لحقِّ المولى وقد زال، (ولا خِيارَ لها) لأنَّ النُّفوذَ بعد العتقِ، فلا تتحقَّقُ زيادةُ المِلكِ كما إذا زوَّجت نفسَها بعد العتق.

(فإنْ كانَتْ تَزَوَّجَتْ بِغَيرِ إذنِهِ على ألفٍ ومَهرُ مِثلِها مائةٌ، فَدَخَلَ بِها زَوْجُها ثُمَّ أعتَقَها مَولاها، فَالمهرُ لِلمَولَى)؛ لأنَّه استوفى منافعَ مملوكةٍ للمولى، (وإنْ لَمْ يَدخُلْ بِها حتَّى أَعتَقَها فَالمهرُ لها)؛ لأنَّه استوفى منافعَ مملوكةً لها.

والمرادُ بالمهرِ الألفُ المسمَّى؛ لأنَّ نَفاذَ العقدِ بالعتق استنَدَ إلى وقتِ وُجودِ العقدِ، فصَحَّت التَّسميةُ ووجب المُسمَّى، ولهذا لم يجبْ مهرٌ آخرُ بالوطءِ في نكاحٍ موقوفٍ؛ لأنَّ العقدَ قد اتَّحَدَ باستنادِ النَّفاذِ، فلا يُوجِبُ إلَّا مهراً واحداً.

= الخيار. ولو دُبِّرت أو كُوتِبَت أو عُلِّق عتقها بصفة، فلا خيار. ولو عَتَقَت تحت مكاتَبٍ أو مدبَّرٍ أو مَن بعضُهُ رقيق، فلها الخيار. اهـ.

(١) يعني: كان لها الخيارُ، سواءٌ كان الزَّوجُ حرّاً أو عبداً؛ لزيادةِ الملكِ عليها. عناية.

وَمَنْ وَطِئَ أَمَةَ ابنِهِ فَوَلَدَتْ مِنهُ، فَهِيَ أمُّ وَلَدٍ لَهُ، وعليه قِيمَتُها، ولا مَهْرَ عليهِ، ولو كانَ الابنُ زَوَّجَها أباهُ فَوَلَدَتْ لم تَصِرْ أمَّ وَلَدٍ لَهُ، ولا قِيمَةَ عليهِ، وعليهِ المَهرُ، وَوَلَدُها حُرٌّ. ....

(وَمَنْ وَطِئَ أَمَةَ ابنِهِ فَوَلَدَتْ مِنهُ، فَهِيَ أمُّ وَلَدٍ لَهُ، وعليه قِيمَتُها، ولا مَهْرَ عليهِ).

ومعنى المسألة: أن يَدَّعيه الأبُ، ووجهُهُ: أنَّ له ولايةَ تَمَلُّك مالِ ابنِهِ للحاجةِ إلى البقاء، فله تَمَلُّكُ جاريتِهِ للحاجة إلى صيانةِ الماءِ، غيرَ أنَّ الحاجةَ إلى إبقاءِ نَسلِه دُونَها إلى إبقاءِ نفسِهِ، فلهذا يتملَّكُ الجاريةَ بالقيمةِ والطَّعامَ بغير القيمةِ.

ثمَّ هذا المِلكُ يَثبُتُ قُبيلَ الاستيلادِ شرطاً له؛ إذِ المصحِّحُ حقيقةُ المِلكِ أو حقُّه، وكلُّ ذلك غيرُ ثابتٍ للأب فيها، حتَّى يجوز له التَّزوُّجُ بها فلا بدَّ من تقديمه، فتبيَّن أنَّ الوطء يُلاقي مِلكَه فلا يلزمه العقرُ.

وقال زفر والشَّافعيُّ رَحِمَهُمَاالله[1]: يجبُ المهرُ؛ لأنَّهما يُثبِتان المِلكَ حُكماً للاستيلادِ، كما في الجارية المشتركة، وحكمُ الشَّيء يَعقُبُه، والمسألةُ معروفةٌ[2].

قال: (ولو كانَ الابنُ زَوَّجَها أباهُ فَوَلَدَتْ لم تَصِرْ أمَّ وَلَدٍ لَهُ، ولا قِيمَةَ عليهِ، وعليهِ المَهرُ، وَوَلَدُها حُرٌّ)؛ لأنَّه صَحَّ التَّزوُّجُ عندنا.

خلافاً للشَّافعيِّ رَحِمَهُ الله[3] لِخُلوِّها عن مِلكِ الأبِ، ألا يُرى أنَّ الابن مَلَكَها من كلِّ وجهٍ، فَمِن المحالِ أن يَملِكها الأبُ من وجهٍ، وكذا يَملِك من التَّصرُّفاتِ ما لا يبقى معه مِلكُ الأبِ لو كان، فدلَّ ذلك على انتفاء مِلكِهِ، إلَّا أنَّه يَسقُطُ الحدُّ للشُّبهة.

---

(١) انظر روضة الطالبين (٥/٥٣٩) ط دار الكتب العلمية.

(٢) يعني: في شروح الجامع الصَّغير وغيرها، أنَّ المِلك عندنا يَثبُت قبلَ الاستيلاد شرطاً له، وعنده بعدَهُ حكماً له. عناية.

(٣) قال شيخ الإسلام زكريا في فتح الوهاب (٢/٧٦) ط الكتب العلمية: اعلم أنه لا يَحِلُّ للحُرِّ مُطلَقاً نكاحُ أمةِ ولدِهِ، ولا أمةِ مُكاتَبِهِ ولا أمةٍ مَوقوفةٍ عليه. اهـ.

وإذا كانتْ الحُرَّةُ تَحتَ عَبدٍ فقالتْ لِمَولاهُ: «أَعتِقْهُ عَنِّي بِألفٍ» فَفَعَلَ، فَسَدَ النِّكاحُ، ولو قالت: «أَعتِقْهُ عَنِّي» ولم تُسَمِّ مالاً، لم يَفسُدِ النِّكاحُ، والوَلاءُ لِلمُعتِقِ.

فإذا جاز النِّكاحُ صار ماؤُهُ مَصُوناً به، فلم يَثبُتْ مِلكُ اليمينِ، فلا تصيرُ أمَّ ولدٍ له، ولا قيمةَ عليه فيها ولا في ولَدِها؛ لأنَّه لم يَملِكهما، وعليه المهرُ لالتزامِهِ بالنِّكاح، وولدُها حُرٌّ؛ لأنَّه مَلَكَه أخوه، فَيَعتِقَ عليه بالقرابة.

قال: (وإذا كانتْ الحُرَّةُ تَحتَ عَبدٍ فقالتْ لِمَولاهُ: «أَعتِقْهُ عَنِّي بِألفٍ» فَفَعَلَ فَسَدَ النِّكاحُ).

وقال زفر رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَفسُد.

وأصلُه: أنَّه يقَعُ العتقُ عن الآمرِ عندنا، حتَّى يكونُ الوَلاءُ له. ولو نوى به الكفَّارةَ يَخرُج عن عُهدتِها. وعنده: يقع عن المأمور؛ لأنَّه طَلَب أن يَعتِق المأمورُ عبدَهُ عنه، وهذا مُحالٌ؛ لأنَّه لا عِتقَ فيما لا يَملِكُه ابنُ آدم، فلم يصحَّ الطَّلبُ، فيقع العِتقُ عن المأمور.

ولنا: أنَّه أمكَنَ تَصحيحُهُ بِتَقديم المِلكِ بطريق الاقتضاء، إذِ المِلكُ شَرطٌ لصحَّة العتقِ عنه، فَيَصيرُ قولُهُ: «أعتِقْ» طَلَبَ التَّمليكِ منه بالألف، ثمَّ أمرَهُ بإعتاق عبدِ الآمرِ عنه، وقولُهُ: «أعتقتُ» تمليكاً منه، ثمَّ الإعتاقُ عنه، وإذا ثبت المِلكُ للآمر فسَدَ النِّكاح للتَّنافي بين المِلكَين.

(ولو قالت: «أَعتِقْهُ عَنِّي» ولم تُسَمِّ مالاً، لم يَفسُدِ النِّكاحُ، والوَلاءُ لِلمُعتِقِ)، وهذا عند أبي حنيفة و محمد رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: هذا والأوَّلُ سواءٌ؛ لأنَّه يُقدِّم التَّمليكَ بغير عِوَضٍ تصحيحاً لِتَصرُّفه[1]، ويَسقُطُ اعتبارُ القبضِ، كما إذا كان عليه كفَّارةُ ظِهارٍ فأمَرَ غيرَهُ أن يُطعِم عنه.

---

(١) أي: لتصرُّفِ الآمر.

ولهما : أنَّ الهبةَ مِنْ شَرطِها القبضُ بالنَّصِّ، فلا يُمكِنُ إسقاطُهُ ولا إثباتُهُ اقتضاءً؛ لأنَّه فِعلٌ حسِّيٌّ، بخلاف البيع لأنَّه تَصرُّف شرعيٌّ، وفي تلك المسألة[1] الفقيرُ ينوب عن الآمر في القبض، أمَّا العبدُ فلا يقع في يده شيءٌ لينوب عنه.

---

(١) أي: مسألةُ الأمر بالإطعام.

باب نكاح أهل الشرك

وإذا تَزَوَّجَ الكافِرُ بِغَيرِ شُهودٍ، أو في عِدَّةِ كافِرٍ، وذلك في دِينِهِمْ جائِزٌ، ثمَّ أَسْلَما أُقِرَّا عليه. ....

(باب نكاح أهل الشرك)

(وإذا تَزَوَّجَ الكافِرُ بِغَيرِ شُهودٍ، أو في عِدَّةِ كافِرٍ، وذلك في دِينِهِمْ جائِزٌ، ثمَّ أَسْلَما أُقِرَّا عليه)، وهذا عند أبي حنيفة .

وقال زفر رَحِمَهُ ٱللَّهُ: النِّكاحُ فاسدٌ في الوجهين، إلَّا أنَّه لا يُتعرَّضُ لهم قبلَ الإسلامِ والمُرافعةِ إلى الحكَّام.

وقال أبو يوسف ومحمد رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ في الوجه الأوَّل[١]، كما قال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وفي الوجه الثَّاني[٢] كما قال زفر رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

له: أنَّ الخِطاباتِ عامَّةٌ على ما مَرَّ من قبلُ فَتلزَمَهُم، وإنَّما لا يُتعرَّضُ لهم لِذِمَّتهم إعراضاً لا تقريراً، فإذا ترافعوا أو أسلموا والحرمةُ قائمةٌ وجب التَّفريقُ.

ولهما: أنَّ حرمةَ نكاحِ المعتدَّة مُجمَع عليها، فكانوا مُلتَزِمين لها، وحرمةُ النِّكاح بغير شهود مُختَلَف فيها، ولم يَلتزِموا أحكامنا بجميع الاختلافات.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنَّ الحُرمةَ لا يُمكِن إثباتُها حقًّا للشَّرع؛ لأنَّهم لا يُخاطَبون بحقوقه، ولا وجهَ إلى إيجاب العِدَّة حقًّا للزَّوج؛ لأنَّه لا يَعتَقِدُه، بخلاف ما إذا كانت تحت مسلم لأنَّه يَعتَقِده، وإذا صحَّ النِّكاحُ فحالةُ المرافعةِ والإسلامِ حالةُ البقاءِ، والشَّهادةُ ليست شرطاً فيها، وكذا العِدَّةُ لا تُنافيها، كالمنكوحة إذا وُطِئت بشبهة[٣].

---

(١) وهو تزوُّجُ الكافرِ بغيرِ شهودٍ.

(٢) وهو تزوُّجُ الكافرِ في عدَّةِ كافرٍ.

(٣) أي: وكذا العِدَّة لا تنافي حالةَ البقاء، كالمنكوحة إذا وُطئت بشبهةٍ يجب عليها العِدَّةُ صيانةً لِحقٍّ =

فإذا تَزَوَّجَ المجوسيُّ أمَّهُ أوِ ابنَتَهُ ثُمَّ أسْلَما ، فُرِّقَ بينهما . ولا يَجُوزُ أنْ يَتَزَوَّجَ المُرتَدُّ مُسلِمَةً ولا كافِرَةً ولا مُرتَدَّةً، وكذا المُرتَدَّةُ لا يَتَزَوَّجُها مُسلِمٌ ولا كافِرٌ. فإنْ كانَ أحَدُ الزَّوجَينِ مُسلِماً ، فَالوَلَدُ عَلَى دِينِهِ، وَكَذلِكَ إنْ أسْلَمَ أحَدُهما ولَهُ وَلَدٌ صَغِيرٌ صارَ وَلَدُهُ مُسلِماً بِإسلامِهِ، ولو كان أحدُهما كتابِيّاً والآخرُ مجوسيّاً فالولَدُ كتابيٌّ. ....

(فإذا تَزَوَّجَ المجوسيُّ أمَّهُ أوِ ابنَتَهُ ثُمَّ أسْلَما ، فُرِّقَ بينهما) ؛ لأنَّ نكاحَ المحارِمِ له حكمُ البُطلانِ فيما بينهم عندهما ، كما ذكرنا في العِدَّة، ووجب التَّعرُّضُ عليهم بالإسلام فَيُفرَّق.

وعنده: له حكمُ الصِّحَّةِ في الصَّحيح ، إلَّا أنَّ المَحرَميَّةَ تُنافي بقاءَ النِّكاحِ فَيُفرَّقُ، بخلاف العِدَّة لأنَّها لا تُنافيه.

ثمَّ بإسلام أحدِهما يُفرَّق بينهما ، وبِمُرافعة أحَدِهما لا يُفرَّق عنده، خلافاً لهما.

والفَرقُ: أنَّ استحقاقَ أحَدِهما لا يَبطُل بمرافعة صاحبِهِ، إذ لا يتغيَّرُ به اعتقادُه، أمَّا اعتقادُ المُصرِّ بالكفرِ لا يُعارِضُ إسلامَ المسلمِ؛ لأنَّ الإسلامَ يَعلُو ولا يُعلَى. ولو ترافعا يُفرَّق بالإجماع؛ لأنَّ مرافعَتَهما كتحكيمهما.

(ولا يَجُوزُ أنْ يَتَزَوَّجَ المُرتَدُّ مُسلِمَةً ولا كافِرَةً ولا مُرتَدَّةً)؛ لأنَّه مستحِقٌّ للقتل، والإمهالُ ضرورةُ التَّأمُّل، والنِّكاحُ يَشغَلُه عنه، فلا يُشرَع في حقِّه.

(وكذا المُرتَدَّةُ لا يَتَزَوَّجُها مُسلِمٌ ولا كافِرٌ)؛ لأنَّها مَحبوسةٌ للتَّأمُّل، وخدمةُ الزَّوجِ تَشغَلُها عنه، ولأنَّه لا يَنتظِمُ بينهما المصالحُ، والنِّكاحُ ما شُرِع لِعَينه بل لمصالحه.

(فإنْ كانَ أحَدُ الزَّوجَينِ مُسلِماً ، فَالوَلَدُ عَلَى دِينِهِ، وَكَذلِكَ إنْ أسْلَمَ أحَدُهما ولَهُ وَلَدٌ صَغِيرٌ صارَ وَلَدُهُ مُسلِماً بِإسلامِهِ)؛ لأنَّ في جَعْله تَبَعاً له نَظراً له. (ولَوْ كانَ أحَدُهما كتابِيّاً والآخَرُ مَجُوسِيّاً ، فَالوَلَدُ كِتابيٌّ)؛ لأنَّ فيه نوعَ نَظرٍ له؛

= الواطئ، ولا يبطل النِّكاحُ القائم. عناية.

وإذا أسلَمَتِ المرأةُ وَزَوْجُها كافِرٌ عَرَضَ القاضِي عَلَيه الإسلامَ: فإنْ أسْلَمَ فَهِيَ امرأتُهُ، وإنْ أَبَى فَرَّقَ بينهما، وكان ذلك طَلاقاً عندَ أبي حنيفةَ ومحمَّد. وإنْ أسْلَمَ الزَّوجُ وتَحْتَهُ مَجُوسِيَّةٌ عَرَضَ عليها الإسلامَ: فإنْ أسْلَمَتْ فَهِيَ امرأتُهُ، وإنْ أبَتْ فَرَّقَ القاضي بينهما، ولم تكنِ الفُرْقَةُ بينهما طلاقاً، ....

إذِ المجوسيةُّ شَرٌّ. والشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ يُخالِفُنا فيه للتَّعارُض، ونحن بيَّنَّا التَّرجيحَ.

(وإذا أسلَمَتِ المرأةُ وَزَوْجُها كافرٌ عَرَضَ القاضِي عَلَيه الإسلامَ، فإنْ أسْلَمَ فَهِيَ امرأتُهُ، وإنْ أبَى فَرَّقَ بينهما، وكان ذلك طَلاقاً عندَ أبي حنيفةَ ومحمَّد).

(وإنْ أسْلَمَ الزَّوجُ وتَحْتَهُ مَجُوسِيَّةٌ عَرَضَ عليها الإسلامَ، فإنْ أسْلَمَتْ فَهِيَ امرأتُهُ، وإنْ أبَتْ فَرَّقَ القاضي بينهما، ولم تكنِ الفُرْقَةُ بينهما طلاقاً).

قال أبو يوسف رَحِمَهُ اللهُ: لا تكونُ الفُرقةُ طلاقاً في الوجهين.

أمَّا العَرْضُ فَمَذهَبُنا، وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لا يَعرِضُ الإسلامَ؛ لأنَّ فيه تَعرُّضاً لهم، وقد ضَمِنَّا بِعَقدِ الذِّمَّةِ أن لا نتعرَّضَ لهم، إلَّا أنَّ مِلكَ النِّكاح قبلَ الدُّخولِ غيرُ متأكِّدٍ، فَيَنقطِعُ بنفسِ الإسلامِ، وبعدَهُ متأكِّدٌ فيتأجَّلُ إلى انقضاءِ ثلاثِ حِيَضٍ[1] كما في الطَّلاق.

ولنا: أنَّ المَقاصِدَ قد فاتَتْ فلا بدَّ من سببٍ تَبتَنِي عليه الفُرقةُ، والإسلامُ طاعةٌ لا يَصلُح سبباً لها، فَيَعرِضُ الإسلامَ لِتَحصُل المقاصِدُ بالإسلام، أو تَثبُتَ الفُرقةُ بالإباء.

وجهُ قول أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ: أنَّ الفُرقةَ بسببٍ يَشترِكُ فيه الزَّوجانِ فلا يكون طلاقاً، كالفُرقةِ بسببِ المِلك.

(١) قال في العناية: ليس بصواب؛ لأنَّ العِدَّةَ عنده بالأطهار، وقيل: معناه: وكان الشَّافعيُّ يقول: ينبغي أن يتأجَّلَ عندكم إلى انقضاء ثلاثِ حيض. ويجوزُ أن يقال: هذه المدَّةُ لم تُعتَبَرْ للعِدَّةِ، بل للتَّفريقِ، وما لم يُعتَبَر لها يُعتَبَرُ فيه الحيضُ كما في الاستبراء.

ثمَّ إذا فَرَّقَ القاضي بَيْنَهما بِإبائِها فَلَها المَهرُ إنْ كانَ دَخَلَ بها ، وإنْ لَمْ يَكُنْ دَخَلَ بِها فَلا مَهْرَ لَها . وإذا أَسْلَمَتِ المرأةُ في دارِ الحَرْبِ وزَوْجُها كافِرٌ ، أو أَسْلَمَ الحَرْبِيُّ وتَحْتَهُ مَجُوسِيَّةٌ ، لَمْ تَقَعِ الفُرقَةُ عَلَيها حتَّى تَحيضَ ثَلاثَ حِيَضٍ ، ثُمَّ تَبِينُ مِنْ زَوجِها .

ولهما : أنَّ بالإباءَ امتَنَعَ الزَّوجُ عن الإمساكِ بالمعروفِ مع قدرتِهِ عليه بالإسلام ، فَينوبُ القاضي مَنابَهُ في التَّسريحِ ، كما في الجَبِّ والعنَّة[1] .

أمَّا المرأةُ فليست بأهلٍ للطَّلاق فلا ينوب القاضي منابَها عند إبائها .

(ثمَّ إذا فَرَّقَ القاضي بَيْنَهما بِإبائِها فَلَها المَهرُ إنْ كانَ دَخَلَ بها) ؛ لِتأكُّدِه بالدُّخولِ **(وإنْ لَمْ يَكُنْ دَخَلَ بِها فَلا مَهْرَ لَها)** ؛ لأنَّ الفُرقةَ مِن قِبَلِها ، والمهرُ لم يتأكَّدْ ، فأشبَهَ الرِّدَّةَ والمُطاوِعَة[2] .

(وإذا أَسْلَمَتِ المرأةُ في دارِ الحَرْبِ وزَوْجُها كافِرٌ ، أو أَسْلَمَ الحَرْبِيُّ وتَحْتَهُ مَجُوسِيَّةٌ ، لَمْ تَقَعِ الفُرقَةُ عَلَيها حتَّى تَحيضَ ثَلاثَ حِيَضٍ ، ثُمَّ تَبِينُ مِنْ زَوجِها) ، وهذا لأنَّ الإسلامَ ليس سبباً لِلفُرقة ، والعَرضُ على الإسلام مُتعذِّرٌ لِقُصور الولاية ، ولا بدَّ من الفُرقة دفعاً للفساد ، فأقمنا شَرْطَها - وهو مُضيُّ الحيض - مقامَ السَّبب ، كما في حَفْر البِئر . ولا فرقَ بينَ المدخولِ بها وغير المدخول بها .

والشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ يُفَصِّلُ كما مرَّ له في دار الإسلام .

وإذا وَقَعت الفُرقةُ والمرأةُ حربيَّةٌ فلا عِدَّةَ عليها ، وإن كانت هي المسلمةَ فكذلك عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ خلافاً لهما ، وسيأتيك إن شاء الله تعالى .

---

(١) أي : كما إذا وجدت زوجَها مجبوباً ، أو وجدته عنِّيناً ، فإنَّ القاضي يفرِّق بينهما عند طلب المرأة .

(٢) أي : وأشبه المطاوِعةَ ، بأن مكَّنت ابنَ زوجها من نفسها قبل دخولِ زوجها بها ، فلا يجب عليه لها المهر ولا نفقة العدَّة .

وإذا أسلَمَ زَوجُ الكِتابِيَّةِ فَهُما على نِكاحِهِما. وإذا خَرَجَ أحَدُ الزَّوجَينِ إلينا مِنْ دارِ الحَرْبِ مُسلِماً، وَقَعَتِ البَينُونَةُ بَينَهُما. ولَوْ سُبِيَ أحَدُ الزَّوجَينِ وَقَعَتِ البَينُونَةُ بَيْنَهما بِغَيرِ طَلاقٍ، وإنْ سُبِيا معاً لم تَقَعِ البَيونَةُ. ....

(وإذا أسلَمَ زَوجُ الكِتابِيَّةِ فَهُما على نِكاحِهِما)؛ لأنَّه يصحُّ النِّكاحُ بينهما ابتداءً، فلأن يبقى أولى.

قال: (وإذا خَرَجَ أحَدُ الزَّوجَينِ إلينا مِنْ دارِ الحَرْبِ مُسلِماً، وَقَعَتِ البَينُونَةُ بَينَهُما). وقال الشَّافعيُّ[1]: لا تقعُ.

(ولَوْ سُبِيَ أحَدُ الزَّوجَينِ وَقَعَتِ البَينُونَةُ بَيْنَهما بِغَيرِ طَلاقٍ، وإنْ سُبِيا معاً لم تَقَعِ البَيونَةُ). وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ[2]: وقعت.

فالحاصلُ: أنَّ السَّببَ هو التَّباينُ دونَ السَّبيِ عندنا، وهو يقولُ بِعَكسِهِ.

له: أنَّ التَّبايُنَ أثَرُه في انقطاعِ الولايةِ، وذلك لا يُؤثِّرُ في الفُرقةِ كالحربيِّ المستأمِنِ والمسلمِ المستأمِنِ، أمَّا السَّبيُ فيقتضي الصَّفاءَ للسَّابي، ولا يَتحقَّقُ إلَّا بانقطاعِ النِّكاحِ، ولهذا يَسقُطُ الدَّينُ عن ذمَّةِ المَسبيِّ.

---

(١) قال الماوردي في الحاوي (٩/٢٥٨) ط دار الكتب العلمية: أسلم الزَّوجُ وزوجتُهُ كتابيَّةٌ، فالنِّكاحُ بحاله؛ لأنَّه يجوزُ أن يَبتدئَ نكاحَها في الإسلام، فجاز أن يَستديمَ نكاحَها في الشِّركِ، وإن كانت زوجتُهُ وثنيَّةً، أو أسلمتِ الزَّوجةُ وكان زوجُها كتابيّاً أو وثنيّاً، فكل ذلك سواءٌ؛ لأنَّ الجَمْعَ بينهما بعد إسلامِ أحدِهما مُحرَّم، وإذا كان كذلك نُظِرَ في إسلامِ أحدهما، فإن كان قبلَ الدُّخولِ بطَلَ النِّكاحُ، وإن كان بعدَهُ كان موقوفاً على انقضاءِ العدَّة، فإن أسلَمَ المتأخِّرُ في الشِّركِ منهما قبلَ انقضائِها كانا على النِّكاح، وإن لم يُسلِم حتَّى انقضت بطَلَ النِّكاحُ، وسواءٌ تقدَّم بالإسلام الزَّوجُ أو الزَّوجةُ، وسواء كان الإسلامُ في دار الحربِ أو دارِ الإسلامِ. اهـ.

(٢) قال النَّووي في روضة الطالبين (٧/ ٤٥٣) ط الكتب العلمية: فرع: إذا سُبي الزَّوجان معاً، أو سُبي أحدُهُما، انفسَخَ النِّكاح، صغيرين كانا أو كبيرين. اهـ.
وانظر المجموع (١٩/ ٣٢٨) ط دار الفكر.

وإذا خَرَجَتِ المرأةُ إلينا مُهاجِرَةً، جازَ لها أنْ تَتَزَوَّجَ ولا عِدَّةَ عليها، وإنْ كانَتْ حامِلاً لَمْ تَتَزَوَّجْ حَتَّى تَضَعَ حَمْلَها. ....

ولنا: أنَّ مع التَّباينِ حقيقةً وحكماً لا تَنتظِمُ المصالحُ[1]، فشابَهَ المَحرَميَّةَ، والسَّبيُ يُوجِب مِلكَ الرَّقبةِ، وهو لا ينافي النِّكاحَ ابتداءً فكذلك بقاءً، فصار كالشِّراء[2]، ثمَّ هو يقتضي الصَّفاءَ في مَحلِّ عَملِه - وهو المال - لا في محلِّ النِّكاح، وفي المستأمِنِ لم تتباين الدَّار حُكماً لِقَصدِه الرُّجوعَ.

(وإذا خَرَجَتِ المرأةُ إلينا مُهاجِرَةً، جازَ لها أنْ تَتَزَوَّجَ ولا عِدَّةَ عليها) عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ.

وقالا: عليها العِدَّة؛ لأنَّ الفُرقةَ وقعت بعدَ الدُّخولِ في دار الإسلام، فيلزمُها حكمُ الإسلام.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّها أثرُ النِّكاح المتقدِّم، وَجَبَت إظهاراً لِخَطَره، ولا خَطَر لِملك الحربيِّ، ولهذا لا تجب العِدَّةُ على المَسبيَّة.

(وإنْ كانَتْ حامِلاً لَمْ تَتَزَوَّجْ حَتَّى تَضَعَ حَمْلَها)، وعن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّه يصحُّ النِّكاح ولا يَقرَبُها زوجُها حتَّى تضَعَ حملَها، كما في الحُبلى من الزِّنا.

وجه الأوَّل: أنَّه ثابتُ النَّسب، فإذا ظَهَر الفراشُ في حقِّ النَّسب يظهر في حقِّ المنع من النِّكاح احتياطاً.

---

(١) وتقريره: تَباينُ الدَّارين حقيقةً وحكماً يُنافي انتظامَ المصالح، وما ينافي انتظامَ المصالح يقطع النِّكاح كالمحرميَّة، فتباينُ الدَّارين يقطع النِّكاح. والمرادُ بالتَّباين حقيقةً تباعُدُهما شَخصاً، وبالحكم أنْ لا يكون في الدَّار التي دخلها على سبيلِ الرُّجوع، بل يكون على سبيل القَرار والسُّكنى، وهذا لإثبات المذهب. عناية.

(٢) أي: صار السَّبيُ كالشِّراء من حيثُ إنَّ النِّكاح لا يفسدُ بالشِّراء، فكذلك بالسَّبي لعدم المنافاة. عناية.

وإذا ارتَدَّ أَحَدُ الزَّوجَينِ عَنِ الإسلامِ وَقَعَتِ الفُرقَةُ بِغَيرِ طَلاقٍ، ثُمَّ إنْ كانَ الزَّوجُ هُوَ المُرتَدَّ فَلَها كُلُّ المَهرِ إنِ دَخَلَ بِها، ونِصفُ المَهرِ إنْ لم يَدْخُلْ بِها، وإنْ كانتْ هي المُرتَدَّةَ فَلَها كلُّ المَهرِ إنْ دَخَلَ بِها، وإنْ لَمْ يَدخُلْ بِها فَلا مَهْرَ لَها ولا نَفَقَةَ، وإذا ارْتَدَّا معاً ثُمَّ أَسْلَما مَعَاً، فَهُما على نِكاحِهِما.

قال: (وإذا ارتَدَّ أَحَدُ الزَّوجَينِ عَنِ الإسلامِ وَقَعَتِ الفُرقَةُ بِغَيرِ طَلاقٍ)، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

وقال محمد رَحِمَهُٱللَّهُ: إن كانت الرِّدَّةُ من الزَّوج فهي فُرقةٌ بطلاق، هو يَعتبِرُه بالإباء، والجامعُ ما بيَّنَّاه[1].

وأبو يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ على ما أصَّلنا له في الإباء[2].

وأبو حنيفة رَحِمَهُٱللَّهُ فَرَّق بينهما[3].

ووجهُ الفرق: أنَّ الرِّدَّةَ منافيةٌ للنِّكاح؛ لكونها منافيةً للعِصمَةِ، والطَّلاقُ رافعٌ، فتعذَّر أن تُجعَلَ طلاقاً، بخلاف الإباء؛ لأنَّه يفوت الإمساكُ بالمعروف، فيجبُ التَّسريحُ بالإحسان على ما مَرَّ، ولهذا تتوقَّفُ الفُرقةُ بالإباء على القضاء، ولا تتوقَّف بالرِّدَّة.

(ثُمَّ إنْ كانَ الزَّوجُ هُوَ المُرتَدَّ فَلَها كُلُّ المَهرِ إنِ دَخَلَ بِها، ونِصفُ المَهرِ إنْ لم يَدْخُلْ بِها. وإنْ كانتْ هي المُرتَدَّةَ فَلَها كلُّ المَهرِ إنْ دَخَلَ بِها، وإنْ لَمْ يَدخُلْ بِها فَلا مَهْرَ لَها ولا نَفَقَةَ)؛ لأنَّ الفُرقة مِن قِبَلِها.

قال: (وإذا ارْتَدَّا معاً ثُمَّ أَسْلَما مَعَاً، فَهُما على نِكاحِهِما) استِحساناً.

وقال زفر رَحِمَهُٱللَّهُ: يَبطُل؛ لأنَّ ردَّة أحدِهما مُنافيةٌ، وفي ردَّتهما ردَّةُ أحدِهما.

---

(١) يعني: قوله: «امتنع عن الإمساك بالمعروف»، انظر ص (٨٧).

(٢) وهو: أنَّ الفُرقة بسببٍ يشترك فيه الزَّوجان، والطَّلاقُ ممَّا يختصُّ بالزَّوج. عناية.

(٣) أي: بين الإباء والارتداد، فجعل الفُرقةَ بإباءِ الزَّوج طلاقاً دونَ الرِّدَّة.

ولنا: ما روي أنَّ بني حنيفة ارتَدُّوا ثمَّ أسلموا ولم يأمرهم الصَّحابةُ رضوان الله عليهم أجمعين بتجديد الأنكحة، والارتدادُ منهم واقعٌ معاً لِجَهالة التَّاريخ.

ولو أسلَمَ أحدُهما بعد الارتداد معاً فسَدَ النِّكاحُ بينهما؛ لإصرار الآخر على الرِّدَّة؛ لأنَّه منافٍ كابتدائها.

باب القسم

وإذا كانَ لِلرَّجُلِ امرأتانِ حُرَّتانِ، فَعَلَيه أنْ يَعْدِلَ بَيْنَهما في القَسْمِ، بِكْرَينِ كانتا أو ثَيِّبَينِ أو إحداهما بِكراً والأُخرى ثَيِّباً، ....

(باب القسم)

(وإذا كانَ لِلرَّجُلِ امرأتانِ حُرَّتانِ فَعلَيه أنْ يَعْدِلَ بَيْنَهما في القَسْمِ، بِكْرَينِ كانتا أو ثَيِّبَينِ أو إحداهما بِكراً والأُخرى ثَيِّباً)؛ لقوله ﷺ: «مَن كانت له امرأتان ومالَ إلى إحداهما في القَسم جاء يومَ القيامة وشِقُّه مائلٌ[1]».

وعن عائشة رضي الله عنها «أنَّ النَّبيَّ ﷺ كان يَعدِل في القَسم بين نسائه، وكان يقول: اللَّهمَّ هذا قَسمي فيما أملِكُ فلا تُؤاخِذْني فيما لا أملِكُ[2]» يعني: زيادة المحبَّة، ولا فَصْل[3] فيما روينا.

والقديمةُ والجديدةُ سواءٌ لإطلاق ما روينا، ولأنَّ القَسْمَ من حقوقِ النِّكاحِ، ولا تَفاوُت بينهنَّ في ذلك.

---

(١) أخرج النسائي في الصغرى، كتاب عشرة النساء، باب: ميل الرجل إلى بعض نسائه دون بعض (٣٩٤٢)، وابن ماجه في النكاح، باب: القسمة بين النساء (١٣٦٩)، وأبو داود في النكاح، باب: القسم بين النساء (٢١٣٣) عن أبي هريرة: عن النَّبيِّ ﷺ قال: «مَن كانت له امرأتانِ فَمالَ إلى إحداهما جاءَ يومَ القيامةِ وشِقُّهُ مائلٌ».

(٢) أخرج الترمذي في النكاح، باب: التسوية بين الضرائر (١١٤٠)، والنسائي في الصغرى، كتاب عشرة النساء، باب: ميل الرجل إلى بعض نسائه دون بعض (٣٩٤٣)، وأبو داود في النكاح، باب: في القسم بين النساء (٢١٣٤)، وابن ماجه في النكاح، باب: القسم بين النساء (١٩٧١) عن عائشة: أنَّ النَّبيَّ ﷺ كان يَقسِمُ بين نسائه فَيَعدِلُ ويقول: «اللَّهمَّ هذه قِسمتي فيما أملِكُ، فلا تَلُمني فيما تَملِكُ ولا أملِكُ».

(٣) يعني: بين البكر والثيب.

وإذا كانَتْ إحداهُما حُرَّةً والأُخرى أَمَةً، فَلِلْحُرَّةِ الثُّلُثانِ مِنَ القَسمِ وَلِلأَمَةِ الثُّلُثُ، ولا حَقَّ لَهُنَّ في القَسمِ حالَةَ السَّفَرِ، فَيُسافِرُ الزَّوجُ بِمَنْ شاءَ مِنْهُنَّ، والأَوْلى أنْ يُقْرِعَ بَيْنَهُنَّ، فَيُسافِرُ بِمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُها. ....

والاختيارُ في مقدارِ الدَّورِ إلى الزَّوجِ؛ لأنَّ المُستحَقَّ هو التَّسويةُ دونَ طريقِهِ، والتَّسويةُ المستحقَّةُ في البَيتوتةِ لا في المُجامعةِ؛ لأنَّها تَبتني على النَّشاطِ.

(وإذا كانَتْ إحداهُما حُرَّةً والأُخرى أَمَةً، فَلِلْحُرَّةِ الثُّلُثانِ مِنَ القَسمِ وَلِلأَمَةِ الثُّلُثُ)، بذلك ورد الأثرُ[(١)]، ولأنَّ حِلَّ الأمةِ أنقصُ من حِلِّ الحُرَّة، فلا بدَّ من إظهارِ النُّقصانِ في الحقوقِ، والمكاتَبَةُ والمُدبَّرةُ وأمُّ الولدِ بمنزلةِ الأمَةِ؛ لأنَّ الرِّقَّ فيهنَّ قائم.

قال: (ولا حَقَّ لَهُنَّ في القَسمِ حالَةَ السَّفَرِ، فَيُسافِرُ الزَّوجُ بِمَنْ شاءَ مِنْهُنَّ، والأَوْلى أنْ يُقْرِعَ بَيْنَهُنَّ، فَيُسافِرُ بِمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُها).

وقال الشَّافعيُّ رحمه الله[(٢)]: القُرعةُ مُستحقَّةٌ لِما رُوي «أنَّ النَّبيَّ ﷺ كان إذا أراد سَفَراً أقرَعَ بين نسائه[(٣)]»، إلَّا أنَّا نقول: إنَّ القُرعةَ لِتَطييب قلوبِهِنَّ، فيكون من

(١) أخرج الدارقطني في النكاح، باب: المهر (١٤٨) عن علي رضي الله عنه أنَّه كان يقول: «إذا تزوَّجَ الحرَّةَ على الأمةِ، قسَمَ للأمَةِ الثُّلثَ وللحرَّةِ الثُّلثين».
وأخرجه ابن أبي شيبة في النكاح، باب: في الحرة والأمة إذا اجتمعتا كيف قسمتهما (١٦٠٩٠) عنه بلفظ «إذا تزوَّجَ الحرَّةَ على الأمةِ، قسَمَ لهذه يوماً ولهذه يومين».

(٢) قال في المجموع (١٦/ ٤٣٩) ط دار الفكر: وإن أراد السَّفر بامرأةٍ أو امرأتين أو ثلاثٍ أقرع بينهن، فمن خرجت عليها القُرعةُ سافر بها، لِما روت عائشة رضي الله عنها قالت، كان رسول الله ﷺ إذا خرج أقرع بين نسائه، فصارت القرعةُ على عائشة رضي الله عنها، وحفصه رضي الله عنها، فخرجتا معه جميعاً)، ولا يجوزُ أن يُسافر بواحدةٍ من غير قُرعةٍ، لأنَّ ذلك ميلٌ وتركٌ للعدل. اهـ، وانظر مغني المحتاج (٣/ ٣٢٨) ط دار الفكر.

(٣) أخرج الأئمةُ السِّتَّةُ، وهو عند البخاري في الهبة وفضلها، باب: هبة المرأة لغير زوجها وعتقها إذا كان لها زوج فهو جائز (٢٤٥٣)، ومسلم في فضائل الصحابة، باب: في فضل عائشة رضي الله عنها (٢٤٤٥)، =

وإنْ رَضِيَتْ إحدى الزَّوجاتِ بِتَرْكِ قَسْمِها لِصَاحِبَتِها جازَ.

باب الاستحباب، وهذا لأنَّه لا حقَّ للمرأة عند مسافرة الزَّوج، ألا يُرى أنَّ له أنْ لا يَستَصحِبَ واحدةً منهن، فكذا له أن يُسافرَ بواحدة منهنَّ، ولا يُحتسَبُ عليه بتلك المدَّة.

(وإنْ رَضِيَتْ إحدى الزَّوجاتِ بِتَرْكِ قَسْمِها لِصَاحِبَتِها جازَ)؛ لأنَّ سودةَ بِنتَ زُمعةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهَا سألت رسولَ الله ﷺ أن يُراجِعَها وتَجعَلَ يومَ نَوبَتِها لعائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا[1].

ولها أن تَرجِعَ في ذلك لأنَّها أسقطت حقّاً لم يجب بعدُ، فلا يسقط.

والله أعلم.

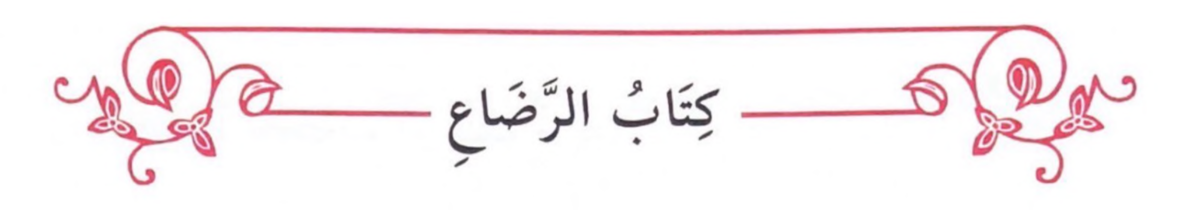


= عن عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا قالت: كان رسول الله ﷺ إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه، فأيتُهُنَّ خَرَج سَهْمُها خَرَجَ بها معه، وكان يَقسِمُ لكلِّ امرأةٍ منهنَّ يومَها وليلَتَها، غيرَ أنَّ سودةَ بِنتَ زُمعةَ وَهَبَتْ يومَها وليلَتَها لعائشةَ زوجِ النَّبيِّ ﷺ تبتغي بذلك رضا رسولِ الله ﷺ.

(1) قال الزيلعي (٣/ ٢١٦): مفهوم هذا أنَّه ﷺ طلَّق سودةَ، ولم نجد ذلك.

أخرج البخاري في النكاح، باب: المرأة تهب يومها من زوجها لضرتها وكيف يقسم ذلك (٤٩١٤)، ومسلم - واللفظ له - في الرضاع، باب: جواز هبتها نوبتها لضرتها (١٤٦٣) عن عائشة قالت: ما رأيتُ امرأةً أحَبُّ إليَّ أن أكون في مِسلاخِها من سَودةَ بنتِ زُمعةَ، من امرأةٍ فيها حِدَّةٌ، قالت: فلمَّا كَبِرَت جعَلَت يومَها من رسولِ الله ﷺ لعائشة، قالت: يا رسول الله قد جعلتُ يومي منكَ لعائشةَ، فكان رسولُ الله ﷺ يَقسِمُ لعائشةَ يومين، يومَها ويومَ سَودةَ.

كتاب الرضاع



كِتَابُ الرَّضَاعِ

قَليلُ الرَّضَاعِ وكَثِيرُهُ سَواءٌ، إذا حَصَلَ في مُدَّةِ الرَّضاعِ تَعَلَّقَ بِهِ التَّحرِيمُ، ....

(كتاب الرضاع)

قال: (قَليلُ الرَّضَاعِ وكَثِيرُهُ سَواءٌ، إذا حَصَلَ في مُدَّةِ الرَّضاعِ تَعَلَّقَ بِهِ التَّحرِيمُ).

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ[1]: لا يَثبُتُ التَّحريمُ إلَّا بخمسِ رَضَعات؛ لقوله ﷺ: «لا تُحرِّمُ المَصَّةُ ولا المَصَّتانِ، ولا الإملاجةُ ولا الإملاجتان[2]».

ولنا: قولُه تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾ [النِّساء: ٢٣] الآية، وقولُه ﷺ: «يَحرُم من الرَّضاع ما يَحرُم من النَّسب[3]» من غير فَصلٍ، ولأنَّ الحُرمةَ وإن كانت لِشُبهةِ البَعضيَّةِ الثَّابتةِ بِنُشوزِ العظمِ وإنباتِ اللَّحم، لكنَّه أمرٌ مبَطَّنٌ، فتَعلَّق الحكمُ بفعلِ الإرضاع.

---

(١) قال شيخ الإسلام زكريا في فتح الوهاب (٢/ ١٩٥) ط الكتب العلمية: (وشَرطُهُ) أي: الرَّضاعُ لِيُحرِّم (كونُهُ خمساً) من المَرَّاتِ، انفصالاً ووصولاً للَّبن (يقيناً) فلا أثر لِدُونها، ولا مع الشَّكِّ فيها كأن تناول من المَخلوطِ ما لا يَتحقَّقُ كونُ خالِصِهِ خمسَ مرَّاتٍ للشَّكِّ في سبب التَّحريم. اهـ وانظر الحاوي ف للماوردي (١١/ ٣٦٠) وما بعدها ط الكتب العلمية.

(٢) هذا حديثان أخرجهما مسلم:

الأول: أخرجه في الرضاع، باب: في المصة والمصتان (١٤٥) عن عائشة قالت قال رسول الله ﷺ: «لا تُحرِّم المَصَّةُ والمَصَّتان».

الثاني: أخرجه برقم (١٤٥١) عن أمِّ الفَضلِ قالت: دخل أعرابيٌّ على نبيِّ الله ﷺ وهو في بيتي، فقال: يا نبيَّ الله إنِّي كانت لي امرأةٌ فتزوَّجتُ عليها أخرى، فزعمت امرأتي الأولى أنَّها أرضعت امرأتي الحُدثَى رَضعةً أو رَضعتين، فقال نبيُّ الله ﷺ: «لا تُحرِّمُ الإملاجةُ والإملاجتان».

(٣) تقدَّم ص (١٣) ت (١).

ثُمَّ مُدَّةُ الرَّضاعِ ثَلاثُونَ شَهراً عند أبي حنيفةَ، وقالا: سَنَتان. ....

وما رواه مردودٌ بالكتاب أو منسوخٌ به.

وينبغي أن يكون في مدَّة الرَّضاع لِما نُبيِّن.

(ثُمَّ مُدَّةُ الرَّضاعِ ثَلاثُونَ شَهراً عند أبي حنيفةَ رَحِمَهُ الله، وقالا: سَنَتان)، وهو قَولُ الشَّافعيِّ رَحِمَهُ الله[1]. وقال زفر رَحِمَهُ الله: ثلاثةُ أحوالٍ؛ لأنَّ الحَوْل حسنٌ لِلتَّحوُّل من حالٍ إلى حالٍ، ولا بدَّ من الزِّيادة على الحولين لِما نُبيِّنُ فَيُقدَّر به.

ولهما: قوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥]، ومدَّةُ الحملِ أدناها ستَّةُ أشهرٍ، فَبَقِي لِلفِصال حولان، وقال النَّبيُّ ﷺ: «لا رَضاعَ بعد حَولَين[2]».

وله: هذه الآية، ووجهُهُ: أنَّه تعالى ذكر شيئين وضَرَب لهما مُدَّة، فكانت لكلِّ واحد منهما بِكَمالها، كالأجل المضروبِ للدَّينَيْنِ[3]، إلَّا أنَّه قام المُنقِصُ في أحدهما فبقي في الثَّاني على ظاهره، ولأنَّه لا بدَّ من تَغيُّر الغذاء لينقطع الإنباتُ باللَّبن، وذلك بزيادة مدَّةٍ يتعوَّد الصَّبي فيها غيرَهُ، فَقُدِّرت بأدنى مدَّةِ الحملِ؛ لأنَّها مغيِّرة، فإنَّ غذاء الجنين يُغاير غذاءَ الرَّضيع، كما يُغاير غذاء الفَطيم.

---

(١) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٣/ ٥٣٠) ط دار الفكر: وشرطُهُ حياةُ رضيعٍ (لم يَبلُغْ سنتين) بالأهلَّة. اهـ وانظر حاشيتي قليوبي وعميرة (٤/ ٦٤) ط دار الفكر.

(٢) أخرج الدارقطني في الرضاع (١٠) عن بن عباس قال رسول الله ﷺ: «لا رَضاعَ إلا ما كان في الحَولَين» لم يُسنِده عن ابن عيينة غيرُ الهيثم بن جميل، وهو ثقةٌ حافظ.

قال الزيلعي (٣/ ٢١٨): ورواه ابن عدي في الكامل، ولفظه: قال: «لا يُحرِّم من الرَّضاع إلَّا ما كان في الحولين»، قال ابن عدي: والهيثمُ بنُ جميل يَغلُط عن الثِّقات، وأرجو أنَّه لا يَتعمَّدُ الكذب، وهذا الحديثُ يُعرَف به عن ابن عيينة مسنداً، وغيرُ الهيثم يُوقِفُه على ابن عباس.

(٣) وذلك مِثلُ أن يقول: لفلانٍ عليَّ ألفُ درهم وخمسةُ أقفِزَةِ حنطةٍ إلى شهرين، يكون الشَّهران أجلاً لكلِّ واحدٍ من الدَّينينِ بكماله.

وإذا مَضَتْ مُدَّةُ الرَّضاعِ لم يَتَعَلَّقْ بِالرَّضاعِ تَحرِيمٌ. ويَحرُمُ مِنَ الرَّضاعِ ما يَحرُمُ مِنَ النَّسَبِ، إلَّا أمَّ أختِهِ مِنَ الرَّضاعِ فإنَّهُ يَجُوزُ أنْ يَتزَوَّجَها، ....

والحديثُ مَحمولٌ على مدَّة الاستحقاق[(١)]، وعليه يُحمَل النَّصُّ المقيَّدُ بحولين في الكتاب[(٢)].

قال: (وإذا مَضَتْ مُدَّةُ الرَّضاعِ لم يَتَعَلَّقْ بِالرَّضاعِ تَحرِيمٌ)؛ لقوله ﷺ: «لا رَضاع بعد الفِصال[(٣)]»، ولأنَّ الحُرمةَ باعتبار النُّشوء، وذلك في المدَّة، إذِ الكبيرُ لا يَتربَّى به.

ولا يُعتَبَرُ الفِطامُ قبل المُدَّة إلَّا في رواية عن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ إذا استغنى عنه. ووجهُهُ انقطاعُ النُّشوءِ بِتَغيُّر الغِذاء.

وهل يُباحُ الإرضاعُ بعد المدَّة؟ فقيل: لا يُباح؛ لأنَّ إباحتَهُ ضرويَّةٌ لكونه جُزءَ الأدميِّ.

قال: (ويَحرُمُ مِنَ الرَّضاعِ ما يَحرُمُ مِنَ النَّسَبِ) للحديث الذي روينا، (إلَّا أُمَّ أختِهِ مِنَ الرَّضاعِ فإنَّهُ يَجُوزُ أنْ يَتزَوَّجَها، ....

---

(١) يعني قوله: ﷺ: «لا رَضاع بعد حَولَين» محمولٌ على مدَّة الاستحقاق. وأبهم المصنِّفُ الاستحقاقَ؛ لأنَّ بعضهم قال: المراد من «لا رضاع بعد حولين» لا يَستحِقُّ الولدُ الرَّضاعَ بعد الحولين، وقال بعضهم: المرادُ نَفيُ استحقاق الأجرة، وكثيرٌ منهم قالوا: إنَّ مدَّة الرَّضاع في حقِّ استحقاق الأجر على الأب مقدَّرةٌ بحولين عند الكلِّ، حتَّى لا تستحق المُطلَّقةُ أجرةَ الرَّضاع بعد الحولين بالإجماع، وهذا لأنَّ قوله ﷺ: «لا رَضاع» لِنَفي الجنس، وعينُ الرَّضاع قد تُوجد بعد حولين، فكان عدمُ الوجوب وعدمُ الجواز مُحتمَلَين، فلم يكن حجَّةً. عناية بتصرف يسير.

(٢) أي: وعلى الاستحقاق يُحمَل النَّصُّ المقيَّد بحولين في الكتاب، يعني: قوله تعالى: ﴿وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٣].

(٣) أخرج الطبراني في الصغير (٢/ ١٥٨) (٩٥٢) عن عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: قال رسول الله ﷺ: «لا رضاعَ بعدَ فصالٍ، ولا يُتْمَ بعدَ حُلمٍ».
وأخرجه أبو داود الطيالسي (١٧٦٧) من حديث جابر.

ولا يَجُوزُ أنْ يَتَزَوَّجَ أمَّ أختِهِ في النَّسَبِ، ويَجُوزُ أنْ يَتَزَوَّجَ أُخْتَ ابنِهِ مِنَ الرَّضاعِ، ولا يَجُوزُ ذلكَ مِنَ النَّسَبِ. وامرأةُ أبيهِ أوِ امرأةُ ابنِهِ مِنَ الرَّضاعِ لا يَجُوزُ أنْ يَتَزَوَّجَها، كما لا يَجُوزُ ذلك مِنَ النَّسَبِ. ولَبَنُ الفَحْلِ يَتَعَلَّقُ بِهِ التَّحرِيمُ، وهو أنْ تُرضِعَ المرأةُ صَبِيَّةً فَتحرُمُ هَذِهِ الصَّبِيَّةُ على زَوْجِها وعلى آبائِهِ وأبنائِهِ، ويَصيرُ الزَّوجُ الذي نَزَلَ لها مِنْهُ اللَّبَنُ أباً لِلمُرْضَعَةِ. ....

(ولا يَجُوزُ أنْ يَتَزَوَّجَ أمَّ أختِهِ في النَّسَبِ)؛ لأنَّها تكون أمَّه أو مَوطوءةَ أبيه، بخلاف الرَّضاع.

(ويَجُوزُ أنْ يَتَزَوَّجَ أُخْتَ ابنِهِ مِنَ الرَّضاعِ، ولا يَجُوزُ ذلكَ مِنَ النَّسَبِ)؛ لأنَّه لمَّا وَطِئ أمَّها حَرُمت عليه، ولم يُوجَد هذا المعنى في الرَّضاع.

(وامرأةُ أبيهِ أوِ امرأةُ ابنِهِ مِنَ الرَّضَاعِ لا يَجُوزُ أنْ يَتَزَوَّجَها، كما لا يَجُوزُ ذلك مِنَ النَّسَبِ) لِما روينا.

وذِكرُ الأصلاب في النَّصِّ لإسقاطِ اعتبارِ التَّبنِّي على ما بيَّنَّاه[1].

(ولَبَنُ الفَحْلِ يَتَعَلَّقُ بِهِ التَّحريمُ، وهو أنْ تُرضِعَ المرأةُ صَبِيَّةً فَتحرُمُ هَذِهِ الصَّبِيَّةُ على زَوْجِها وعلى آبائِهِ وأبنائِهِ، ويَصيرُ الزَّوجُ الذي نَزَلَ لها مِنْهُ اللَّبَنُ أباً لِلمُرْضِعَةِ)، وفي أحد قولي الشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللهُ لبنُ الفَحلِ لا يُحرِّم؛ لأنَّ الحُرمةَ لِشُبهة البَعضيَّةِ، واللَّبنُ بَعضُها لا بعضُهُ.

ولنا: ما روينا، والحرمةُ بالنَّسبِ من الجانبينِ فكذا بالرَّضاع، وقال ﷺ لعائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا: «لِيَلِجْ عليكِ أفلَحُ؛ فإنَّهُ عَمُّكِ مِنَ الرَّضاعة[2]»، ولأنَّه سببٌ لنزولِ اللَّبنِ منها

(١) أي: في فصل المُحرَّمات.

(٢) أخرجه الأئمَّةُ السِّتَّةُ في كتبهم، وهو عند البخاري في النكاح، باب: ما يحل من الدخول والنظر إلى النساء في الرضاع (٤٩٤١)، ومسلم في الرضاع، باب: تحريم الرضاعة من ماء الفحل (١٤٤٥) عن عائشة قالت: جاء عمِّي من الرَّضاعةِ يَستأذِنُ علَيَّ، فأبيتُ أن آذَنَ له حتَّى أستأمِرَ رسولَ الله ﷺ، فلمَّا جاء رسولُ الله ﷺ قلت: إنَّ عمِّي من الرَّضاعةِ استأذَنَ علَيَّ فأبيتُ أن آذَنَ =

وَيَجُوزُ أنْ يَتَزَوَّجَ الرَّجُلُ بِأُختِ أخيهِ مِنَ الرَّضاعِ. وكُلُّ صَبِيَّينِ اجْتَمَعا عَلَى ثَدْيِ امرأةٍ واحِدَةٍ، لم يَجُزْ لأحَدِهِما أنْ يَتَزَوَّجَ بِالأخرى. وَلا يَتَزَوَّجُ المُرضَعَةَ أحَدٌ مِنْ وَلَدِ التي أَرْضَعَتْ ولا وَلَدِ وَلَدِها. ولا يَتَزَوَّجُ الصَّبيُّ المُرضَعُ أختَ زَوجِ المُرضِعَةِ. وإذا اختَلَطَ اللَّبَنُ بِالماءِ واللَّبَنُ هُوَ الغالِبُ تَعَلَّقَ بِهِ التَّحرِيمُ، ....

فَيُضاف إليه في موضعِ الحُرمةِ احتياطاً.

(وَيَجُوزُ أنْ يَتَزَوَّجَ الرَّجُلُ بِأُختِ أخيهِ مِنَ الرَّضاعِ)؛ لأنَّه يجوزُ أن يتزوَّجَ بأختِ أخيه من النَّسبِ، وذلك مِثلُ الأخِ من الأبِ إذا كانت له أختٌ من أمِّه، جاز لأخيه من أبيه أن يتزوَّجها.

(وكُلُّ صَبِيَّينِ اجْتَمَعا عَلَى ثَدْيِ امرأةٍ واحِدَةٍ، لم يَجُزْ لأحَدِهِما أنْ يَتَزَوَّجَ بِالأخرى) هذا هو الأصل؛ لأنَّ أمَّهما واحدةٌ، فهما أخٌ وأختٌ.

(وَلا يَتَزَوَّجُ المُرضَعَةَ أحَدٌ مِنْ وَلَدِ التي أَرْضَعَتْ)؛ لأنَّه أخوها (ولا وَلَدِ وَلَدِها) لأنَّه ولدُ أخيها، (ولا يَتَزَوَّجُ الصَّبيُّ المُرضَعُ أختَ زَوجِ المُرضِعَةِ)؛ لأنَّها عمَّتُه من الرَّضاع.

(وإذا اختَلَطَ اللَّبَنُ بِالماءِ واللَّبَنُ هُوَ الغالِبُ تَعَلَّقَ بِهِ التَّحرِيمُ، وإنْ غَلَبَ الماءُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ التَّحريمُ)، خلافاً للشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللهُ، هو يقول: إنَّه موجودٌ فيه حقيقةً، ونحن نقول: المغلوبُ غيرُ مَوجودٍ حُكماً، حتَّى لا يظهَرُ في مقابَلَةِ الغالبِ، كما في اليمين[1].

(وإنِ اخْتَلَطَ بِالطَّعامِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ التَّحريمُ)، وإن كان اللَّبنُ غالباً عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ.

وقالا: إذا كان اللَّبنُ غالباً يتعلَّق به التَّحريمُ.

= له، فقال رسول الله ﷺ: «فَليَلِجْ عليكِ عمُّكِ»، قلت: إنَّما أرضعتني المرأةُ ولم يُرضِعْني الرَّجلُ، قال: «إنَّه عمُّكِ فَليَلِجْ عليكِ».

(1) وذلك كمن حَلَف لا يشرب لبناً، فشرب لبناً مخلوطاً بالماء، والماءُ غالبٌ على اللَّبن لا يحنث.

وإنْ غَلَبَ الماءُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ التَّحرِيمُ، وإنِ اخْتَلَطَ بِالطَّعامِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ التَّحرِيمُ، وإنِ اختَلَطَ بِالدَّواءِ واللَّبَنُ غالِبٌ، تَعَلَّقَ بِهِ التَّحريمُ. وإذا اختَلَطَ اللَّبَنُ بِلَبَنِ الشَّاةِ، وهو الغالِبُ، تَعَلَّقَ بِهِ التَّحرِيمُ، وإنْ غَلَبَ لَبَنُ الشَّاةِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ التَّحرِيمُ. وإذا اختَلَطَ لَبَنُ امْرأتَينِ تَعَلَّقَ التَّحرِيمُ بِأغْلَبِهما عندَ أبي يوسف، وقال محمد: يَتَعَلَّقُ التَّحرِيمُ بِهِما. وإذا نَزَلَ لِلبِكْرِ لَبَنٌ فَأَرْضَعَتْ صَبِيّاً، تَعَلَّقَ بِهِ التَّحرِيمُ. ....

قال رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: قولُهما فيما إذا لم تَمسَّه النَّار، حتَّى لو طُبِخ بها لا يتعلَّق به التَّحريم في قولهم جميعا.

لهما: أنَّ العِبرةَ للغالِبِ، كما في الماءِ إذا لم يُغيِّره شيءٌ عن حالِهِ.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ: أنَّ الطَّعام أصلٌ واللَّبَنَ تابعٌ له في حقِّ المقصود، فصار كالمغلوب. ولا مُعتَبر بِتَقاطُر اللَّبنِ من الطَّعام عنده، هو الصَّحيحُ؛ لأنَّ التَّغذِّي بالطَّعام، إذ هو الأصل.

(وإنِ اختَلَطَ بِالدَّواءِ واللَّبَنُ غالِبٌ، تَعَلَّقَ بِهِ التَّحرِيمُ)؛ لأنَّ اللَّبن يبقى مقصوداً فيه، إذِ الدَّواءُ لتقويته على الوصول.

(وإذا اختَلَطَ اللَّبَنُ بِلَبَنِ الشَّاةِ، وهو الغالِبُ، تَعَلَّقَ بِهِ التَّحرِيمُ، وإنْ غَلَبَ لَبَنُ الشَّاةِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ التَّحرِيمُ) اعتباراً للغالب كما في الماء.

(وإذا اختَلَطَ لَبَنُ امْرأتَينِ تَعَلَّقَ التَّحرِيمُ بِأغْلَبِهما عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ)؛ لأنَّ الكلَّ صار شيئاً واحداً، فيُجعَل الأقلُّ تابعاً للأكثر في بناء الحكم عليه.

(وقال محمد) وزفر رَحِمَهُمَا اللهُ: (يَتَعَلَّقُ التَّحرِيمُ بِهِما)؛ لأنَّ الجنسَ لا يَغلِبُ الجنسَ؛ فإنَّ الشَّيء لا يصير مُستهلَكاً في جنسه؛ لاتِّحاد المقصود.

وعن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ في هذا روايتان، وأصلُ المسألة في الأيمان.

(وإذا نَزَلَ لِلبِكْرِ لَبَنٌ فَأَرْضَعَت صَبِيّاً، تَعَلَّقَ بِهِ التَّحرِيمُ)؛ لإطلاق النَّصِّ، ولأنَّه سببُ النُّشوء، فتثبُت به شبهةُ البَعضيَّة.

وإذا حُلِبَ لَبَنُ المرأةِ بعدَ مَوتِها فَأُوجِرَ الصَّبيُّ، تَعَلَّقَ به التَّحريمُ. وإذا احتَقَنَ الصَّبيُّ بِاللَّبَنِ لم يَتَعَلَّقْ به التَّحرِيمُ. وإذا نَزَلَ لِلرَّجُلِ لَبَنٌ فَأَرْضَعَ به صَبِيّاً لم يَتَعَلَّقِ التَّحرِيمُ.

(وإذا حُلِبَ لَبَنُ المرأةِ بعدَ مَوتِها فَأُوجِرَ الصَّبيُّ، تَعَلَّقَ به التَّحريمُ) خلافاً للشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ[1]، هو يقول: الأصلُ في ثُبوت الحُرمة إنَّما هو المرأةُ، ثمَّ تتعدَّى إلى غَيرِها بواسطتها، وبالموت لم تبقَ محلاً لها، ولهذا لا يُوجِب وَطؤُها حُرمة المصاهرةِ.

ولنا: أنَّ السَّبب هو شُبهةُ الجُزئيَّة، وذلك في اللَّبنِ لِمَعنى الإنشازِ والإنباتِ، وهو قائمٌ باللَّبَن، وهذه الحُرمةُ تَظهَرُ في حقِّ الميتةِ دفناً وتَيمُّماً[2]، أمَّا الحُرمةُ في الوطءِ لكونه مُلاقياً لِمَحلِّ الحَرْث، وقد زال بالموت، فافترقا.

(وإذا احتَقَنَ الصَّبيُّ بِاللَّبَنِ لم يَتَعَلَّقْ به التَّحرِيمُ)، وعن محمَّد رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّه تثبت به الحرمةُ كما يَفسُد به الصَّوم.

ووجهُ الفرقِ على الظَّاهر: أنَّ المُفسِدَ في الصَّوم إصلاحُ البدن، ويُوجَد ذلك في الدَّواء، فأمَّا المُحرِّم في الرَّضاع فمعنى النُّشوء، ولا يُوجَد ذلك في الاحتقان؛ لأنَّ المُغذِّي وُصولُه من الأعلى.

(وإذا نَزَلَ لِلرَّجُلِ لَبَنٌ فَأَرْضَعَ به صَبِيّاً لم يَتَعَلَّقِ التَّحرِيمُ)؛ لأنَّه ليس بلبنٍ على التَّحقيق، فلا يتعلَّقُ به النُّشُوء والنُّموُّ، وهذا لأنَّ اللَّبَن إنَّما يُتصوَّر ممَّن يُتصوَّر منه الولادة.

---

(١) قال النووي في الروضة (٦/ ٤١٩) ط الكتب العلمية: الشرط الثاني من شروط المرضِع كي يثبت التحريم: كونُها - أي: المرأة المرضع - حيَّةً، فلو ارتَضَعَ ميتةً، أو حُلِب لبنُها وهي ميتةٌ، لم يتعلَّق به تحريمٌ، كما لا تثبتُ حرمةُ المُصاهرةِ بوطءِ الميتة. ولو حلَبَ لبنَ حيَّةٍ، وأوجِرَ الصَّبيُّ بعد موتها، حَرُم على الصَّحيح المنصوص. اهـ بتصرف.

(٢) بأن كان لهذه المُرضَعةِ التي أُوجِر لبنُ هذه الميتةِ في فَمِها زوجٌ، فإنَّ لهذا الزَّوج أن يَدفُنَ ويُيمِّمَ الميتةَ؛ لأنَّه صار مَحرَماً لها، حيث صارت أمَّ امرأته. عناية.

وإذا شَرِب صَبِيَّانِ مِنْ لَبَنِ شاةٍ، لم يَتَعَلَّقْ به التَّحرِيمُ. وإذا تَزَوَّجَ الرَّجلُ صَغيرَةً وكَبِيرَةً، فَأَرضَعَتِ الكَبِيرَةُ الصَّغيرَةَ، حَرُمَتا على الزَّوجِ. ثُمَّ إنْ لم يَدْخُلْ بِالكَبِيرَةِ فَلا مَهْرَ لَها، ولِلصَّغِيرَةِ نِصْفُ المَهرِ، ويَرْجِعُ به الزَّوجُ على الكَبِيرَةِ إنْ كانَتْ تَعَمَّدَتْ به الفَسادَ، وإنْ لم تَتَعَمَّدْ فَلا شَيءَ عَلَيها وإنْ عَلِمَتْ بِأَنَّ الصَّغيرَةَ امرأَتُهُ.

(وإذا شَرِب صَبِيَّانِ مِنْ لَبَنِ شاةٍ، لم يَتَعَلَّقْ به التَّحرِيمُ)؛ لأنَّه لا جُزئيَّةَ بين الآدميِّ والبهائم، والحُرمةُ باعتبارها.

(وإذا تَزَوَّجَ الرَّجلُ صَغيرَةً وكَبِيرَةً، فَأَرضَعَتِ الكَبِيرَةُ الصَّغيرَةَ، حَرُمَتا على الزَّوجِ)؛ لأنَّه يصير جامعاً بين الأمِّ والبنتِ رَضاعاً، وذلك حرامٌ كالجمع بينهما نَسَباً.

(ثُمَّ إنْ لم يَدْخُلْ بِالكَبِيرَةِ فَلا مَهْرَ لَها)؛ لأنَّ الفُرقةَ جاءت من قِبَلها قبلَ الدُّخول بها، (ولِلصَّغِيرَةِ نِصْفُ المَهرِ)؛ لأنَّ الفُرقة وقعت لا مِنْ جِهَتها، والارتِضاعُ وإن كان فِعلاً منها لكن فِعلُها غيرُ مُعتبَر في إسقاط حقِّها، كما إذا قَتَلَت مُورِّثَها.

(ويَرْجِعُ به الزَّوجُ على الكَبِيرَةِ إنْ كانَتْ تَعَمَّدَتْ به الفَسادَ، وإنْ لم تَتَعَمَّدْ فَلا شَيءَ عَلَيها وإنْ عَلِمَتْ بِأَنَّ الصَّغيرَةَ امرأَتُهُ).

وعن محمد رَحِمَهُ اللهُ: أنَّه يرجع في الوجهين.

والصَّحيحُ ظاهرُ الرِّواية؛ لأنَّها وإنْ أكَّدت ما كان على شَرَف السُّقوط - وهو نصفُ المهر - وذلك يَجري مُجرى الإتلاف، لكنَّها مسبِّبةٌ فيه، إمَّا لأنَّ الإرضاعَ ليس بإفسادٍ للنِّكاح وَضعاً، وإنَّما ثَبَت ذلك باتِّفاق الحال[1]، أو لأنَّ إفسادَ النِّكاح ليس بسبب لإلزام المهرِ، بل هو سببٌ لِسُقوطه، إلَّا أنَّ نصف المهر يجب بطريق المُتعة على ما عُرِف، لكن من شَرْطه إبطالُ النِّكاح، وإذا كانت مسبِّبةً يُشترط فيه التَّعدي كحفر البئر.

---

(١) أي: لأنَّ وَضْعه لتربية الصَّغير لا لإفساد النِّكاح، وإنَّما يثبت الإفسادُ باتِّفاق الحال؛ لتأديته إلى الجمع بين الأمِّ والبنت في مِلك رجلٍ نكاحاً.

ولا تُقْبَلُ في الرَّضاعِ شَهادَةُ النِّساءِ مُنْفَرِداتٍ، وإنَّما تَثْبُتُ بِشَهادَةِ رَجُلَينِ أو رَجُلٍ وامرأتين.

ثمَّ إنَّما تكون متعدِّيةً إذا عَلِمت بالنِّكاح وقَصَدَت بالإرضاع الفسادَ، أمَّا إذا لم تعلم بالنِّكاح، أو عَلِمت بالنِّكاح ولكنَّها قَصَدت دَفْعَ الجُوعِ والهلاكِ عن الصَّغيرة دونَ الفساد، لا تكون متعدِّية لأنَّها مأمورةٌ بذلك.

ولو عَلِمت بالنِّكاح ولم تَعلَمْ بالفسادِ لا تكون متعدِّيةً أيضاً، وهذا منَّا اعتبارُ الجهلِ لِدَفع قَصدِ الفساد لا لِدَفع الحكم.

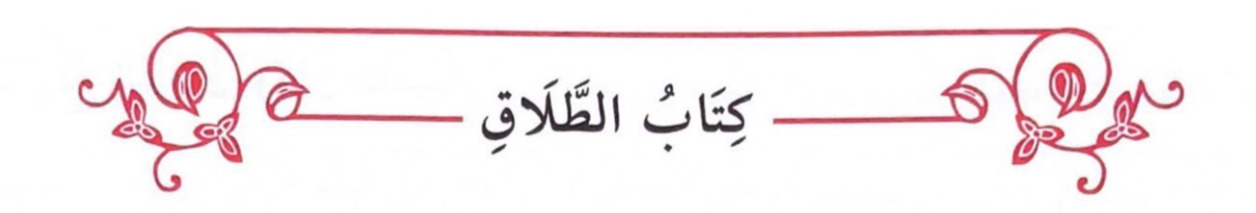
(ولا تُقْبَلُ في الرَّضاعِ شَهادَةُ النِّساءِ مُنْفَرِداتٍ، وإنَّما تَثْبُتُ بِشَهادَةِ رَجُلَينِ أو رَجُلٍ وامرأتين)، وقال مالك رَحِمَهُ اللَّهُ[1]: تَثبُت بشهادة امرأةٍ واحدةٍ إذا كانت موصوفةً بالعدالة؛ لأنَّ الحرمةَ حقٌّ من حقوق الشَّرع فَتَثبُت بخبر الواحد، كمن اشترى لحماً فأخبره واحدٌ أنَّه ذبيحةُ المجوسيِّ.

ولنا: أنَّ ثبوتَ الحُرمةِ لا يَقبَلُ الفَصْلَ عن زوالِ المِلكِ في باب النكاح، وإبطالُ المِلكِ لا يَثبُتُ إلَّا بشهادةِ رجلين أو رجلٍ وامرأتين، بخلاف اللَّحمِ؛ لأنَّ حرمةَ التَّناولِ تنفكُّ عن زوال المِلك، فاعتُبِر أمراً دِينياً، واللهُ أعلم بالصَّواب.

---

(١) مذهب المالكية: أنَّه يَثبُتُ الرَّضاع بين الزَّوجين الرَّضيعين، بشهادةِ رجلٍ وامرأةٍ، وكذا بشهادة امرأتين، إن فَشَا ذلك منهما في الصُّورتين، قبلَ عَقدِ النِّكاح، لا إن لم يَفشُ ذلك منهما، فلا يثبُتُ. وهل تُشتَرَطُ عدالةُ الرَّجلِ والمرأة، وعدالةُ المرأتين مع الفُشوِّ، أو لا تُشتَرَطُ إلَّا مع عدمِهِ، وأمَّا معه فلا، الرَّاجحُ أنَّه لا تُشترط.
وكذا يثبتُ بشهادةِ رجلين عدلينِ اتِّفاقاً، فشا أو لا، وغيرِ العدلَينِ لا يُقبَلان إلَّا مع فَشوٍ قبلَهُ. ولا يثبتُ بامرأةٍ أجنبيَّةٍ ولو فَشَا ذلك منها قبلَ العقدِ. انظر الشرح الكبير المطبوع بهامش حا الدسوقي (٢/ ٥٠٧) بتصرف.

كتاب الطلاق



كِتَابُ الطَّلَاقِ

باب طلاق السنة

الطَّلاقُ على ثَلاثَةِ أوجُهٍ: حَسَنٌ، وَأحسَنُ، وبِدْعِيٌّ. فَالأحسَنُ: أنْ يُطَلِّقَ الرَّجُلُ امْرأتَهُ تَطلِيقَةً واحِدَةً في طُهْرٍ لم يُجامِعْها فيه، وَيَتْرُكها حتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُها. والحَسَنُ هو طَلاقُ السُّنَّةِ، وهو: أنْ يُطَلِّقَ المَدخُولَ بها ثَلاثاً في ثَلاثَةِ أطهارٍ.

(كتاب الطَّلاق)

(باب طلاق السنة)

قال: (الطَّلاقُ على ثَلاثَةِ أوجُهٍ: حَسَنٌ، وَأحسَنُ، وبِدْعِيٌّ).

- (فَالأحسَنُ: أنْ يُطَلِّقَ الرَّجُلُ امْرأتَهُ تَطلِيقَةً واحِدَةً في طُهْرٍ لم يُجامِعْها فيه، وَيَتْرُكها حتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُها)؛ لأنَّ الصَّحابة رضي الله عنهم كانوا يَستحبُّون أن لا يَزيدوا في الطَّلاق على واحدة حتَّى تنقضي العدَّة[1]، فإنَّ هذا أفضلُ عندهم من أن يُطلِّقها الرَّجل ثلاثاً عندَ كلِّ طُهرٍ واحدةً، ولأنَّه أبعَدُ من النَّدامة، وأقلُّ ضَرَراً بالمرأة، ولا خلافَ لأحدٍ في الكراهة.

(والحَسَنُ هو طَلاقُ السُّنَّةِ، وهو: أنْ يُطَلِّقَ المَدخُولَ بها ثَلاثاً في ثَلاثَةِ أطهارٍ)، وقال مالك رحمه الله[2]: إنَّه بدعةٌ ولا يُباحُ إلَّا واحدةٌ؛ لأنَّ الأصلَ في الطَّلاقِ هو الحَظْرُ، والإباحةُ لحاجةِ الخلاصِ، وقد اندفعت بالواحدة.

---

(١) أخرج ابن أبي شيبة في الطلاق، باب: ما يستحب من طلاق السنة وكيف هو (١٧٧٤٣) عن إبراهيم قال: «كانوا يَستَحبُّونَ أن يُطلِّقَها واحدةً، ثمَّ يَترُكَها حتَّى تحيضَ ثلاثَ حِيَض».

(٢) انظر تفصيل المسألة في الشرح الكبير المطبوع على هامش حا الدسوقي (٢/ ٣٦١)، والخرشي على مختصر خليل (٤/ ٢٧).

وطَلاقُ البِدْعَةِ: أنْ يُطَلِّقَها ثَلاثاً بِكَلِمَةٍ واحِدَةٍ، أو ثَلاثاً في طُهرٍ واحِدٍ، فإذا فَعَلَ ذلكَ وَقَعَ الطَّلاقُ وكانَ عاصياً. ....

ولنا: قولُه ﷺ في حديث ابن عمر رضي الله عنهما: «إنَّ من السُّنَّة أن تَستَقبِلَ الطُّهرَ استقبالاً فَتُطلِّقها لكلِّ قَرءٍ تَطليقةً[1]»، ولأنَّ الحُكمَ يُدارُ على دليل الحاجةِ، وهو الإقدامُ على الطَّلاقِ في زمانِ تَجدُّدِ الرَّغبةِ، وهو الطُّهرُ الخالي عن الجماعِ، فالحاجةُ كالمتكرِّرة نَظَراً إلى دليلها[2].

ثمَّ قيل: الأولى أن يؤخِّر الإيقاعَ إلى آخِرِ الطُّهر، احترازاً عن تطويل العِدَّة.

والأظهرُ أن يُطلِّقها كلَّما طَهُرت؛ لأنَّه لو أخَّر ربَّما يُجامِعُها، ومِن قَصدِه التَّطليقُ، فَيُبتلى بالإيقاع عقيبَ الوِقاع.

- (وطَلاقُ البِدْعَةِ: أنْ يُطَلِّقَها ثَلاثاً بِكَلِمَةٍ واحِدَةٍ، أو ثَلاثاً في طُهرٍ واحِدٍ، فإذا فَعَلَ ذلكَ وَقَعَ الطَّلاقُ وكانَ عاصياً).

وقال الشَّافعيُّ رحمه الله[3]: كلُّ الطَّلاقِ مباحٌ؛ لأنَّه تَصرُّفٌ مشروعٌ، حتَّى يُستفادُ به

---

(١) أخرج الدارقطني في الطلاق والخلع والإيلاء (٨٤) عن عبد الله بن عمر أنَّه طَلَّق امرأتَهُ تطليقةً وهي حائض، ثمَّ أراد أن يُتبِعَها بتطليقتين أُخراوين عند القُرئين، فبلغ ذلك رسولَ الله ﷺ، فقال: يا ابنَ عمر ما هكذا أمَرَكَ اللهُ، إنَّك قد أخطأتَ السُّنَّةَ، والسُّنَّةُ أن تَستقبِلَ الطُّهرَ فَتُطلِّق لكلِّ قَرءٍ، قال فأمرني رسول الله ﷺ فراجَعْتُها، ثمَّ قال: «إذا هي طَهُرت فطَلِّق عند ذلك أو أمسِكْ»، فقلت: يا رسولَ اللهِ أرأيتَ لو أنِّي طلَّقتُها ثلاثاً أكان يَحِلُّ لي أن أراجِعَها؟ قال: «لا، كانت تَبِينُ منك وتكونُ معصيةً».

(٢) أي: كلَّما تكرَّر دليلُ الحاجةِ جُعِلت كأنَّ الحاجة إلى الطَّلاق تكرَّرت، فأبيح تكرارُ الطَّلاق المفرَّق على الأطهار.

(٣) قال النووي في الروضة (٦/ ١٠) ط الكتب العلمية: لا بدعةَ في جَمعِ الطَّلقاتِ الثَّلاث، لكن الأفضلُ تفريقُهُنَّ على الأقراءِ، أو الأشهُرِ إن لم تكن ذاتَ أقراءٍ، لِتتمكَّنَ من الرَّجعةِ أو التَّجديدِ إن ندم، فإن أراد أن يزيدَ في قَرءٍ على طَلقةٍ، فرَّقَ على الأيَّام. وقيل: التَّفريقُ سُنَّةٌ، وإن لم يكن الجَمْعُ بِدعةً، والصَّحيحُ المنعُ. اهـ.

الحكمُ[١]، والمشروعيَّةُ لا تُجامِع الحظرَ، بخلافِ الطَّلاقِ في حالةِ الحيضِ؛ لأنَّ المحرَّمَ تطويلُ العدَّةِ عليها، لا الطَّلاق.

ولنا: أنَّ الأصلَ في الطَّلاقِ هو الحَظْرُ؛ لِما فيه مِنْ قَطعِ النِّكاح الذي تعلَّقت به المصالحُ الدِّينيَّةُ والدُّنيويَّةُ، والإباحةُ للحاجةِ إلى الخلاصِ، ولا حاجةَ إلى الجَمعِ بين الثَّلاثِ، وهي في المُفرَّقُ على الأطهارِ ثابتةٌ نظراً إلى دليلها[٢]، والحاجةُ في نفسها باقيةٌ فأمكَنَ تصويرُ الدَّليلِ عليها[٣].

والمشروعيَّةُ[٤] في ذاتِهِ من حيثُ إنَّه إزالةُ الرِّقِّ لا تُنافي الحظرَ لمعنىً في غيره وهو ما ذكرناه[٥].

وكذا إيقاعُ الثِّنتين في الطُّهر الواحد بدعةٌ لما قلنا[٦].

واختلفت الرِّوايةُ في الواحدةِ البائنةِ، قال في الأصل: إنَّه أخطأ السُّنَّة؛ لأنَّه لا حاجةَ إلى إثبات صفةٍ زائدةٍ في الخَلاص، وهي البينونة. وفي الزِّيادات: إنَّه لا يُكره للحاجة إلى الخلاص ناجزاً.

(والسُّنَّةُ في الطَّلاقِ مِنْ وَجْهَينِ: سُنَّةٌ في الوَقْتِ، وسُنَّةٌ في العَدَدِ):

---

(١) أراد بالحكم وقوعَ الطَّلاقِ.

(٢) وهو الإقدامُ على الطَّلاق في زمان تَجدُّد الرَّغبة، وهو الطُّهر كما تقدَّم، والحكمُ يُدار على دليل الحاجة لكونها أمراً مُبطَّناً. عناية.

(٣) هذا جواب عن إيراد، تقديره: دليلُ الحاجة إنَّما يُقام مُقام الحاجة فيما يُتصوَّر وُجودُها، وهاهنا لا يُتصوَّر؛ لأنَّ الحاجة إلى الخلاص عن عُهدة النِّكاح في الطُّهر الثاني والثالث مع ارتفاع النكاح بالأوَّل غيرُ مُتصوَّر.
فأجاب بقوله: «والحاجةُ في نفسها باقيةٌ»، يعني لاحتمال أن تكون سيِّئةَ الأخلاق بذيئةَ اللِّسان، فَيُسَدُّ على الزَّوج بابُ إمكان التَّدارك مع صفائه عن عروض النَّدم. عناية.

(٤) جواب عن قول الشافعي: «والمشروعيَّةُ لا تُجامع الحظر».

(٥) أراد قوله فيما تقدَّم: «الأصل في الطَّلاق هو الحَظْرُ لِما فيه مِنْ قَطعِ النِّكاح الذي تعلَّقت به المصالح الدِّينيَّةُ والدُّنيويَّةُ».

(٦) من أنَّه لا حاجة إلى الجمع بين الثَّلاث.

والسُّنَّةُ في الطَّلاقِ مِنْ وَجْهَينِ: سُنَّةٌ في الوَقْتِ، وسُنَّةٌ في العَدَدِ: فالسُّنَّةُ في العَدَدِ يَسْتَوِي فيها المَدخُولُ بِها وغَيرُ المُدخُولِ بها، والسُّنَّةُ في الوقتِ تَثْبُتُ في المَدخُولِ بها خاصَّةً، وهو: أنْ يُطَلِّقَها في طُهْرٍ لم يُجامِعْها فيه، وغَيرُ المَدْخُول بِها يُطَلِّقُها في حالَةِ الطُّهرِ والحيضِ. وإذا كانتِ المرأةُ لا تَحيضُ مِنْ صِغَرٍ أو كِبَرٍ، فَأرادَ أنْ يُطَلِّقَها ثَلاثاً لِلسُّنَّةِ طَلَّقَها واحِدَةً، فإذا مَضَى شَهْرٌ طَلَّقَها أُخرَى، ....

- (فالسُّنَّةُ في العَدَدِ يَسْتَوِي فيها المَدخُولُ بِها وغَيرُ المُدخُولِ بها) وقد ذكرناها[1].

- (والسُّنَّةُ في الوقتِ تَثْبُتُ في المَدخُولِ بها خاصَّةً، وهو: أنْ يُطَلِّقَها في طُهْرٍ لم يُجامِعْها فيه)؛ لأنَّ المُراعَى دليلُ الحاجة، وهو الإقدامُ على الطَّلاقِ في زمانِ تَجدُّدِ الرَّغبةِ، وهو الطُّهرُ الخالي عن الجِماع، أمَّا زمانُ الحيضِ فزمانُ النُّفرة، وبالجماع مَرَّةً في الطُّهر تفتُر الرَّغبة.

(وغَيرُ المَدْخُول بِها يُطَلِّقُها في حالَةِ الطُّهرِ والحيضِ)، خلافاً لزفر رَحِمَهُ اللَّهُ، وهو يَقيسها على المدخول بها.

ولنا: أنَّ الرَّغبة في غير المدخول بها صادقةٌ لا تَقِلُّ بالحيض ما لم يَحصُلْ مقصودُهُ منها، وفي المَدخولِ بها تتجدَّد بالطُّهر.

قال: (وإذا كانتِ المرأةُ لا تَحيضُ مِنْ صِغَرٍ أو كِبَرٍ، فَأرادَ أنْ يُطَلِّقَها ثَلاثاً لِلسُّنَّةِ طَلَّقَها واحِدَةً، فإذا مَضَى شَهْرٌ طَلَّقَها أُخرَى)؛ لأنَّ الشَّهرَ في حقِّها قائمٌ مَقامَ الحيضِ، قال الله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ﴾ [الطّلَاق: ٤] إلى أن قال: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطّلَاق: ٤]، والإقامةُ في حقِّ الحيضِ خاصَّةً، حتَّى يُقدَّر الاستبراءُ في حقِّها بالشَّهر، وهو بالحيض لا بالطُّهر.

ثمَّ إن كان الطَّلاقُ في أوَّلِ الشَّهرِ تُعتبَر الشُّهورُ بالأهلَّة، وإن كان في وَسَطه

---

(١) وهي أن لا يزيدَ على الواحدةِ، وسمَّى الواحدَ عدداً مجازاً؛ لكونه أصلَ العددِ. عناية.

ويَجُوزُ أنْ يُطَلِّقَها ولا يَفْصِلُ بَيْنَ وَطْئِها وطَلاقِها بِزَمانٍ. وطَلاقُ الحامِلِ يَجُوزُ عَقِبَ الجِماعِ، ويُطَلِّقُها لِلسُّنَّةِ ثَلاثاً، يَفصِلُ بينَ كُلِّ تَطليقَتَينِ بِشَهرٍ عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد وزفر: لا يُطَلِّقُها لِلسُّنَّة إلَّا واحدَةً. ....

فَبالأيَّامِ في حقِّ التَّفريق، وفي حقِّ العِدَّةِ كذلك عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ، وعندهما يُكمَّل الأوَّلُ بالأخير والمتوسِّطان بالأهلَّة، وهي مسألة الإجارات[1].

قال: (ويَجُوزُ أنْ يُطَلِّقَها ولا يَفْصِلُ بَيْنَ وَطْئِها وطَلاقِها بِزَمانٍ).

وقال زفر رَحِمَهُ اللَّهُ: يفصل بينهما بشهر؛ لقيامه مَقامَ الحيضِ، ولأنَّ بالجماع تَفتُرُ الرَّغبةُ، وإنَّما تَتجدَّد بزمانٍ، وهو الشَّهر.

ولنا: أنَّه لا يُتوهَّمُ الحَبَل فيهما[2]، والكراهيةُ[3] في ذوات الحيضِ باعتباره؛ لأنَّ عند ذلك يَشتبِهُ وجهُ العِدَّة، والرَّغبةُ وإن كانت تَفتُرُ من الوجهِ الذي ذُكِر، لكن تَكثُرُ من وجهٍ آخر؛ لأنَّه يَرغَبُ في وطءٍ غيرِ مُعلِّق، فراراً عن مُؤَن الولدِ، فكان الزَّمانُ زمانَ رغبةٍ، فصار كزمانِ الحَبَلِ.

مطلب: طلاق الحامل

(وطَلاقُ الحامِلِ يَجُوزُ عَقِبَ الجِماعِ)؛ لأنَّه لا يُؤدِّي إلى اشتباهِ وجهِ العِدَّةِ، وزمانُ الحَبَلِ زمانُ الرَّغبةِ في الوطءِ؛ لكونه غيرَ مُعلِّق، أو يَرغَبُ فيها لمكان ولدِهِ منها، فلا تقلُّ الرَّغبةُ بالجماع.

(ويُطَلِّقُها لِلسُّنَّةِ ثَلاثاً، يَفصِلُ بينَ كُلِّ تَطليقَتَينِ بِشَهرٍ عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد وزفر: لا يُطَلِّقُها لِلسُّنَّة إلَّا واحدَةً)؛ لأنَّ الأصل في الطَّلاقِ الحظرُ،

---

(١) يعني: إذا استأجر ثلاثةَ أشهُرٍ في رأس الشَّهر اعتُبِرَت بالأهلَّة اتِّفاقاً، ناقصةً كانت أو كاملةً، وإنِ استأجرها في أثناء شَهرٍ تُعتبر الأشهرُ الثَّلاثة بالأيَّام عنده، وعندهما يُكمَّل الشَّهر الأوَّل بالأخير، وفيما بين ذلك بالأهلة. فتح.

(٢) أي: في الآيسة والصَّغيرة.

(٣) أي: كراهيةُ الطَّلاقِ بعد الجماعِ باعتبار توهُّمِ الحبَلِ.

وإذا طَلَّقَ الرَّجلُ امرأتَهُ في حالَةِ الحيضِ وَقَعَ الطَّلاقُ، ويُستَحَبُّ له أنْ يُراجِعَها، فإذا طَهَرَتْ وحاضَتْ ثُمَّ طَهَرَتْ، فإنْ شاءَ طَلَّقَها وإنْ شاءَ أمْسَكَها، ....

وقد ورد الشَّرعُ بالتَّفريق على فُصول العِدَّة، والشَّهرُ في حقِّ الحامل ليس من فُصولها، فصار كالممتدِّ طُهرُها.

ولهما: أنَّ الإباحة بعِلَّة الحاجة، والشَّهرُ دليلُها كما في حقِّ الآيسة والصَّغيرة، وهذا لأنَّه زمانُ تَجدُّد الرَّغبة على ما عليه الجِبِلَّةُ السَّلمية، فصَلُح عَلَماً ودليلاً، بخلاف الممتدِّ طُهرُها؛ لأنَّ العَلَمَ في حقِّها إنَّما هو الطُّهر، وهو مرجوٌّ فيها في كلِّ زمانٍ، ولا يُرجى مع الحبل.

مطلب: الطلاق في زمان الحيض

(وإذا طَلَّقَ الرَّجلُ امرأتَهُ في حالَةِ الحيضِ وَقَعَ الطَّلاقُ)؛ لأنَّ النَّهي عنه لمعنىً في غيره وهو ما ذكرناه، فلا يَنعدِم مشروعيَّته.

(ويُستَحَبُّ له أنْ يُراجِعَها) لقوله ﷺ لِعُمر: «مُرِ ابنَكَ فَلْيُراجِعْها[1]» وقد طلَّقها في حالةِ الحيضِ، وهذا يُفيد الوقوعَ والحَثَّ على الرَّجعة.

ثُمَّ الاستحبابُ قولُ بَعضِ المشايخ، والأصحُّ أنَّه واجبٌ عملاً بحقيقة الأمرِ ورفعاً للمعصية بالقَدْر الممكن بِرَفْع أثَرِه - وهو العِدَّة -، ودفعاً لضرر تطويلِ العِدَّة.

قال: (فإذا طَهَرَتْ وحاضَتْ ثُمَّ طَهَرَتْ، فإنْ شاءَ طَلَّقَها وإنْ شاءَ أمْسَكَها).

(١) أخرجه الأئمَّةُ السِّتَّةُ، وهو عند البخاري في الحيض، باب: مراجعة الحائض (٥٠٢٣)، مسلم في الطلاق، باب: تحريم طلاق الحائض بغير رضاها (١٤٧١) عن ابن عمر أنَّه طلَّق امرأتَهُ وهي حائضٌ في عَهدِ رسولِ الله ﷺ فسأل عمرُ بنُ الخطَّابِ رسولَ الله ﷺ عن ذلك؟ فقال له رسول الله ﷺ: «مُرْهُ فَليُراجِعْها، ثمَّ لِيَترُكْها حتَّى تَطهُرَ، ثمَّ تحيضُ، ثمَّ تَطهُرُ، ثمَّ إن شاء أمسَكَ بعدُ وإن شاءَ طلَّقَ قبلَ أن يَمسَّ، فتلك العِدَّةُ التي أمر اللهُ ﷻ أن يُطلَّقَ لها النِّساءُ».

هَكَذا ذَكَرَ في الأصلِ، وذَكَرَ الطَّحاوِيُّ: أنَّه يُطلِّقُها في الطُّهرِ الذي يَلي الحيضةَ الأولى. ومَنْ قال لامرأتِهِ - وَهيَ مِنْ ذَواتِ الحِيَضِ، وقد دَخَلَ بها -: «أنتِ طالقٌ ثلاثاً لِلسُّنَّةِ» ولا نيَّةَ له، فهي طالقٌ عندَ كلِّ طُهرٍ تَطليقةٌ، وإنْ نَوى أنْ تَقَعَ الثَّلاثُ السَّاعَةَ، أو عِندَ رَأسِ كُلِّ شَهرٍ واحِدَةٌ، فهو على ما نَوى، ....

قال رَضِّيَٱللَّهُعَنْهُ: (**هَكَذا ذَكَرَ في الأصلِ، وذَكَرَ الطَّحاوِيُّ** رَحِمَهُٱللَّهُ: **أنَّه يُطلِّقُها في الطُّهرِ الذي يَلي الحيضةَ الأولى**)، قال أبو الحسن الكرخيُّ: ما ذكره الطَّحاويُّ قولُ أبي حنيفة، وما ذكر في الأصل قولُهما.

ووجهُ المذكورِ في الأصل: أنَّ السُّنَّة أن يَفصِلَ بين كلِّ طلاقين بحيضةٍ، والفاصلُ ههنا بعضُ الحيضةِ، فتُكَمَّل بالثَّانية، ولا تتجزَّأ فتتكامل[1]، وإذا تكاملتِ الحيضةُ الثَّانيةُ فالطُّهرُ الذي يليه زمانُ السُّنَّة، فأمكن تَطليقُها على وجهِ السُّنَّة.

ووجهُ القول الآخر: أنَّ أثرَ الطَّلاقِ قد انعدم بالمراجَعَة، فصار كأنَّه لم يُطلِّقها في الحيض، فَيُسنُّ تطليقُها في الطُّهر الذي يليه.

(**ومَنْ قال لامرأتِهِ وَهيَ مِنْ ذَواتِ الحِيَضِ، وقد دَخَلَ بها: «أنتِ طالقٌ ثلاثاً لِلسُّنَّةِ» ولا نيَّةَ له، فهي طالقٌ عندَ كلِّ طُهرٍ تَطليقةٌ**)؛ لأنَّ اللامَ فيه للوقت، ووقتُ السُّنَّةِ طُهرٌ لا جِماعَ فيه، (**وإنْ نَوى أنْ تَقَعَ الثَّلاثُ السَّاعَةَ، أو عِندَ رَأسِ كُلِّ شَهرٍ واحِدَةٌ، فهو على ما نَوى**)، سواءٌ كانت في حالةِ الحيضِ أو في حالةِ الطُّهرِ.

وقال زفر رَحِمَهُٱللَّهُ: لا تصحُّ نيَّةُ الجَمعِ لأنَّه بدعةٌ، وهي ضدُّ السُّنَّة.

---

(١) قوله: «ولا تتجزَّأ» أي: ليس لجزئها على حِدَته حكمٌ في الشَّرع، والأولى أن يقول: ولايُمكِن أن يكون بعضُ حيضتين حيضةً، فوجب تكامُلُها؛ إذ لا يُتصوَّر حيضة إلَّا الثَّانية، فلغا بعضُ الأولى. عناية.

وإنْ كانَتْ آيِسَةً، أو مِنْ ذَواتِ الأَشْهُرِ، وَقَعَتِ السَّاعَةَ واحِدَةٌ، وبعدَ شَهرٍ أُخرى، وبَعْدَ شَهرٍ أُخرى، وإنْ نَوَى أنْ يَقَعَ الثَّلاثُ السَّاعةَ وَقَعْنَ عندنا، خِلافاً لزفر.

ولنا: أنَّه مُحتَمَلُ لَفظِه؛ لأنَّه سُنِّيٌّ وُقوعاً من حيثُ إنَّ وُقوعَه بالسُّنَّة لا إيقاعاً، فلم يتناوله مطلَقُ كلامه، وينتظمه عند نيَّته.

(وإنْ كانَتْ آيِسَةً، أو مِنْ ذَواتِ الأَشْهُرِ، وَقَعَتِ السَّاعَةَ واحِدَةٌ، وبعدَ شَهرٍ أُخرى، وبَعْدَ شَهرٍ أُخرى)؛ لأنَّ الشَّهر في حقِّها دليلُ الحاجةِ كالطُّهرِ في حقِّ ذواتِ الأقراءِ على ما بيَّنَّا[1].

(وإنْ نَوَى أنْ يَقَعَ الثَّلاثُ السَّاعةَ وَقَعْنَ عندنا خِلافاً لزفر)؛ لما قلنا[2].

بخلاف ما إذا قال: «أنتِ طالقٌ للسُّنَّة» ولم ينصَّ على الثَّلاث، حيث لا تصحُّ نيَّةُ الجمع فيه؛ لأنَّ نيَّةَ الثَّلاثِ إنَّما صحَّت فيه من حيث إنَّ اللام فيه للوقت، فيفيد تعميمَ الوقت، ومن ضرورته تعميمُ الواقعِ فيه، فإذا نوى الجمعَ بطل تعميمُ الوقت، فلا تصحُّ نيَّةُ الثَّلاث.

---

(١) من أنَّ الشَّهر في حقِّها قائمٌ مقام الحيض.

(٢) من أنَّه سنِّيٌّ وقوعاً.

فصل

ويَقَعُ طَلاقُ كُلِّ زَوجٍ إذا كان عاقِلاً بالِغاً، ولا يَقَعُ طَلاقُ الصَّبيِّ والمجنونِ والنَّائمِ. وطَلاقُ المُكْرَهِ واقعٌ، ....

(فصل)

في طلاق المكره والسكران والأخرس

(ويَقَعُ طَلاقُ كُلِّ زَوجٍ إذا كان عاقِلاً بالِغاً، ولا يَقَعُ طَلاقُ الصَّبيِّ والمجنونِ والنَّائم)؛ لقوله ﷺ: «كلُّ طلاقٍ جائزٌ، إلَّا طلاقَ الصَّبيِّ والمجنونِ[1]»، ولأنَّ الأهليَّةَ بالعقلِ المميِّزِ، وهما عَديما العقلِ، والنَّائمُ عديمُ الاختيارِ.

(وطَلاقُ المُكْرَهِ واقعٌ) خلافاً للشَّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[2]، هو يقولُ: إنَّ الإكراهَ لا يُجامِعُ الاختيارَ، وبه يُعتَبَرُ التَّصرُّفُ الشَّرعيُّ، بخلافِ الهازلِ لأنَّه مختارٌ في التَّكلُّم بالطَّلاق.

---

(١) قال الزيلعي (٣/ ٢٢١): حديث غريبٌ، وأعاده المصنِّف في الحَجرِ بلفظ «المعتوه» عِوَضَ «المجنون».
وأخرج الترمذي في الطلاق، باب: طلاق المعتوه (١١٩١) عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «كلُّ طلاقٍ جائزٌ، إلَّا طلاقَ المَعتوهِ المَغلُوبِ على عَقلِهِ»، قال أبو عيسى: هذا حديثٌ لا نعرفُهُ مرفوعاً، إلَّا من حديث عطاءِ بنِ عجلان، وعطاءُ بنُ عجلان ضعيفٌ ذاهبُ الحديث. اهـ
ورواه ابن أبي شيبة في الطلاق، باب: ما قالوا في طلاق المعتوه (١٧٩١٢) من كلام عليٍّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ.
ورواه البخاري عنه معلَّقاً في الطلاق، باب: الطلاق في الإغلاق والمُكرَه والسَّكران والمجنون وأمرهما والغلظ والنسيان في الطلاق والشرك وغيره.

(٢) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٣/ ٣٦٩) ط دار الفكر: (ولا يقعُ طلاقُ مُكرَهٍ) بغير حقٍّ. اهـ.
وقال النووي في الروضة (٦/ ٥٤) ط الكتب العلمية: يندفعُ الطَّلاقُ بالإكراه، إذا لم يظهَرْ ما يدلُّ على اختياره. فإن ظَهَرَ بأن خالف المُكرِهَ، وأتى بغير ما حمَلَهُ عليه، حُكِمَ بوقوعِ الطَّلاق، ولذلك صُوَرٌ منها: أن يُكرِهَه على طَلقةٍ فَيُطلِّق ثلاثاً، أو على ثلاثٍ، فَيُطلِّق واحدةً، أو على طلاقِ زوجتين، فيُطلِّق إحداهما، أو على أن يُطلِّقَ بصريحٍ، فطَلَّق بكنايةٍ أو بصريحٍ آخَرَ، أو بالعكس، أو على تنجيزِ الطَّلاقِ فعَلَّقه، أو بالعكس، فلا عبرةَ بالإكراه في كلِّ هذه الصُّور، ويقع ما أتى به. اهـ.

وطَلاقُ السَّكرانِ واقعٌ، وطَلاقُ الأخرسِ واقعٌ بِالإشارَةِ، وطَلاقُ الأمَةِ ثِنْتانِ، حُرّاً كان زَوْجُها أو عَبداً. ....

ولنا: أنَّه قصَدَ إيقاعَ الطَّلاقِ في مَنكوحتِهِ في حالِ أهليَّتِهِ فلا يَعرى عن قضيَّتِهِ[1] دفعاً لحاجتِهِ اعتباراً بالطَّائع، وهذا لأنَّه عَرَف الشَّرَّين واختار أهونهما، وهذا آيةُ القصدِ والاختيارِ، إلَّا أنَّه غيرُ راضٍ بِحُكمه وذلك غيرُ مُخِلٍّ به، كالهازل.

(وطَلاقُ السَّكرانِ واقعٌ)، واختيارُ الكرخيِّ والطَّحاويِّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ أنَّه لا يقع، وهو أحدُ قولي الشَّافعيِّ رَحِمَهُٱللَّهُ[2]؛ لأنَّ صحَّة القصد بالعقل، وهو زائلُ العقلِ، فصار كزَوالِهِ بالبَنجِ والدَّواء.

ولنا: أنَّه زال بسببٍ هو معصيةٌ، فَجُعل باقياً حكماً زَجْراً له، حتَّى لو شَرِب فَصُدِع وزال عقلُهُ بالصُّداع، نقول: إنَّه لا يقع طلاقُهُ.

(وطَلاقُ الأخرسِ واقعٌ بِالإشارَةِ)؛ لأنَّها صارت معهودةً فأُقِيمت مُقام العبارة دفعاً للحاجة، وستأتيك وُجوهُهُ في آخر الكتاب إن شاء الله تعالى.

(وطَلاقُ الأمَةِ ثِنْتانِ، حُرّاً كان زَوْجُها أو عَبداً. وطَلاقُ الحُرَّةِ ثَلاثٌ، حُرّاً كان زَوجُها أو عبداً).

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُٱللَّهُ[3]: عددُ الطَّلاق مُعتَبرٌ بحال الرِّجال لقوله ﷺ: «الطَّلاقُ

---

(١) أي: فلا يخلو عن حُكمِهِ، وإلَّا لزم تخلُّفُ الحكمِ عن علَّتِهِ.

(٢) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٣/ ٣٧١): (ومَنْ أثِمَ بِمُزيلِ عَقلِهِ من شرابٍ) خمرٍ أو غيره (أو دواءٍ) بنَبيذٍ أو غيره (نفَذَ طلاقُهُ وتَصرُّفُه له) قولاً وفعلاً، (و) نفَذَ أيضاً تصرُّفُه (عليه قولاً وفعلاً) كإسلام وردَّةٍ وقَطعٍ وقَتلٍ (على المذهب) المنصوصِ، أمَّا السَّكرانُ فاحتجَّ له الشَّافعيُّ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ بحديث: «رُفع القلم عن ثلاث» قال: والسَّكرانُ ليس في معنى واحدٍ من هؤلاء، فإنَّه يجبُ عليه قضاءُ الصَّلاةِ والصَّوم وغيرهما، فالقلمُ غيرُ مرفوعٍ، بخلاف المجنون. اهـ.

(٣) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٣/ ٣٧٤): (وللعبد طلقتان فقط) وإن كانت الزَّوجة حرَّةً. اهـ.

وطَلاقُ الحُرَّةِ ثَلاثٌ، حُرّاً كان زَوجُها أو عبداً. وإذا تَزَوَّجَ العَبْدُ امرأةً بِإذنِ مَولاهُ وَطَلَّقَها وَقَعَ طَلاقُهُ، ولا يَقَعُ طَلاقُ مَولاهُ على امْرأتِهِ.

بالرِّجال، والعِدَّةُ بالنِّساء[1]»، ولأنَّ صفة المالكيَّة كرامةٌ والآدَميَّةُ مُستدعِيةٌ لها، ومعنى الآدَمِيَّة في الحرِّ أكملُ، فكانت مالكيَّته أبلَغَ وأكثَرَ.

ولنا: قوله ﷺ: «طلاقُ الأمة ثِنتان، وعدَّتُها حَيضتان[2]»، ولأنَّ حِلَّ المَحلِّيَّةِ نعمةٌ في حقِّها، وللرِّقِّ أثرٌ في تنصيف النِّعَم، إلَّا أنَّ العُقدةَ لا تتجزَّأ فتكاملت عُقدتان، وتأويلُ ما رَوَى أنَّ الإيقاع بالرِّجال.

(وإذا تَزَوَّجَ العَبْدُ امرأةً بِإذنِ مَولاهُ وَطَلَّقَها وَقَعَ طَلاقُهُ، ولا يَقَعُ طَلاقُ مَولاهُ على امْرأتِهِ)؛ لأنَّ مِلك النِّكاح حقُّ العبدِ، فيكون الإسقاطُ إليه دونَ المولى.

---

(١) قال الزيلعي (٣/ ٢٢٥): غريب مرفوعاً. ورواه ابن أبي شيبة في الطلاق، باب: من قال الطلاق بالرجال والعدة بالنساء (١٨٢٥١) موقوفا على عليٍّ.
وكذا رواه الطبراني في الكبير (٩/ ٣٣٧) (٩٦٧٩) من كلام ابن مسعود.

(٢) أخرجه بهذا اللفظ ابن ماجه في الطلاق، باب: في طلاق الأمة وعدتها (٢٠٧٩) من حديث ابن عمر. وأخرجه الترمذي في الطلاق، باب: ما جاء أنَّ طلاقَ الأمة تطليقتان (١١٨٢)، وأبو داود في الطلاق، باب: في سنة طلاق العبد (٢١٨٩) من حديث عائشة.

باب إيقاع الطلاق

الطَّلاقُ على ضَرْبَينِ: صَرِيحٌ وكِنايَةٌ. فالصَّريحُ قَولُهُ: «أنتِ طالِقٌ، ومُطَلَّقَةٌ، وطَلَّقتُكِ»، فهذا يَقَعُ بِهِ الطَّلاقُ الرَّجعيُّ ولا يَفتَقِرُ إلى النِّيَّةِ، وكذا إذا نوى الإبانَةَ، ولو نَوَى الطَّلاقَ عَنْ وَثاقٍ لم يُدَيَّنْ في القَضاءِ ويُدَيَّنُ فيما بينَهُ وبينَ اللهِ تعالى، ولو نَوَى بِهِ الطَّلاقَ عَنِ العَمَلِ لم يُدَيَّنْ في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى. ولو قال: «أنتِ مُطْلَقَةٌ» لا يكونُ طَلاقاً إلَّا بِالنِّيَّةِ، ....

(باب إيقاع الطلاق)

الطلاق الصريح

(الطَّلاقُ على ضَرْبَينِ: صَرِيحٌ وكِنايَةٌ. فالصَّريحُ قَولُهُ: «أنتِ طالِقٌ، ومُطَلَّقَةٌ، وطَلَّقتُكِ»، فهذا يَقَعُ بِهِ الطَّلاقُ الرَّجعيُّ)؛ لأنَّ هذه الألفاظَ تُستَعمَلُ في الطَّلاقِ ولا تُستَعمَلُ في غيره، فكان صريحاً، وأنَّه يُعقِب الرَّجعةَ بالنَّص، (ولا يَفتَقِرُ إلى النِّيَّةِ)؛ لأنَّه صريحٌ فيه لِغَلَبة الاستعمال، (وكذا إذا نوى الإبانَةَ) لأنَّه قصَدَ تَنجيزَ ما علَّقه الشَّرعُ بانقضاءِ العِدَّة، فَيُردُّ عليه.

(ولو نَوَى الطَّلاقَ عَنْ وَثاقٍ لم يُدَيَّنْ في القَضاءِ[1])، لأنَّه خلافُ الظَّاهر (ويُدَيَّنُ فيما بينَهُ وبينَ اللهِ تعالى)؛ لأنَّه نوى ما يَحتمِلُه، (ولو نَوَى بِهِ الطَّلاقَ عَنِ العَمَلِ لم يُدَيَّنْ في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى)؛ لأنَّ الطَّلاقَ لِرَفعِ القيدِ، وهي غيرُ مقيَّدةٍ بالعمل.

وعن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنَّه يُدَيَّنُ فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنَّه يُستعمل للتَّخليص.

(ولو قال: «أنتِ مُطْلَقَةٌ») بتسكين الطَّاء (لا يكونُ طَلاقاً إلَّا بِالنِّيَّةِ)؛ لأنَّها غيرُ

---

(١) أي: لم يُصدَّق، وحقيقتُهُ ديَّنت الرَّجل تديِيناً، وكلتُهُ إلى دينه، فاستُعمِل في التَّصديق مجازاً؛ لأنَّه خلاف الظَّاهر.

ولا يَقَعُ بِهِ إلَّا واحِدَةٌ وإنْ نَوَى أكثَرَ مِنْ ذلك. ولو قال: «أنتِ الطَّلاقُ، أو أنتِ طالِقٌ الطَّلاقَ، أو أنتِ طالِقٌ طَلاقاً» فإنْ لم تَكُنْ له نِيَّةٌ، أو نَوَى واحِدَةً أو ثِنْتَينِ، فَهِي واحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ، وإنْ نَوَى ثَلاثاً فَثَلاثٌ. ....

مُستعمَلةٍ فيه عرفاً، فلم يكن صريحاً. قال: (ولا يَقَعُ بِهِ إلَّا واحِدَةٌ وإنْ نَوَى أكثَرَ مِنْ ذلك).

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ[1]: يقع ما نوى؛ لأنَّه مُحتَمَلُ لفظِهِ، فإنَّ ذِكرَ «الطَّالق» ذِكرٌ للطَّلاق لغةً، كذكر العالِمِ ذِكرٌ للعِلْم، ولهذا يصحُّ قِرانُ العَدَد به، فيكون نصباً على التَّمييز.

ولنا: أنَّه نعتُ فَردٍ، حتَّى قيل للمُثنَّى: طالِقان، وللثَّلاث: طوالق، فلا يحتمل العددَ، لأنَّه ضِدُّه. وذِكرُ «الطَّالق» ذِكرٌ لطلاقٍ هو صفةٌ للمرأة، لا لطلاقٍ هو تطليقٌ، والعددُ الذي يَقترِن به نعتٌ لمصدر محذوف معناه «طلاقاً ثلاثاً»، كقولك: أعطيته جزيلاً، أي: عطاءً جزيلاً.

(ولو قال: «أنتِ الطَّلاقُ، أو أنتِ طالِقٌ الطَّلاقَ، أو أنتِ طالِقٌ طَلاقاً» فإنْ لم تَكُنْ له نِيَّةٌ، أو نَوَى واحِدَةً أو ثِنْتَينِ، فَهِي واحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ، وإنْ نَوَى ثَلاثاً فَثَلاثٌ)، ووقوعُ الطَّلاق باللَّفظة الثَّانية والثَّالثة ظاهرٌ؛ لأنَّه لو ذَكَرَ النَّعتَ وَحدَه يقع به الطَّلاقُ، فإذا ذَكَره وذَكَر المصدرَ معه وأنَّه يَزيده وَكادَةً أولى.

وأمَّا وُقوعُه باللَّفظة الأولى فلأنَّ المصدرَ قد يُذكَر ويُرادُ به الاسمُ، يقال: «رجلٌ عدلٌ» أي: عادل، فصار بمنزلة قوله: «أنتِ طالِقٌ»، وعلى هذا لو قال: «أنت طلاقٌ» يقع الطَّلاق به أيضاً، ولا يحتاجُ فيه إلى النِّيَّة، ويكون رجعيًّا لِما بيَّنَّا أنَّه صريحُ الطَّلاق لغلبة الاستعمال فيه.

---

[1] قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٣/ ٣٧٤) ط دار الفكر: لو (قال) شخصٌ لزوجتِهِ ولو نائمةً أو مجنونةً (طلَّقتُكِ أو أنتِ طالقٌ) أو نحو ذلك من الصَّريح وإن لم يُخاطِبها، كقوله: «هذه طالق» (ونوى عدداً وَقَعَ)، سواءٌ المدخول بها وغيرها. اهـ.

ولو قال: «أنتِ طالِقٌ الطَّلاقَ»، وقال: أَردتُ بِقَولِي: «طالِقٌ» واحِدَةً، وبِقَولِي: «الطَّلاقَ» أُخرَى، يُصَدَّقُ. وإذا أضافَ الطَّلاقَ إلى جُملَتِها، أو إلى ما يُعَبَّرُ بِهِ عَنِ الجُملَةِ وَقَعَ الطَّلاقُ، وذَلِكَ مِثلُ أنْ يَقُولَ: «أنتِ طالِقٌ» أو «رَقَبَتُكِ طالِقٌ» أو «عُنُقُكِ» أو «رُوحُكِ» أو «بَدَنُكِ» أو «جَسَدُكِ» أو «فَرْجُكِ» أو «وَجْهُكِ»،

وتصحُّ نيَّةُ الثَّلاث؛ لأنَّ المصدر يَحتمِل العمومَ والكثرةَ؛ لأنَّه اسمُ جنسٍ فيُعتبر بسائر أسماء الأجناس، فيتناول الأدنى مع احتمال الكلِّ.

ولا تصحُّ نيَّةُ الثِّنتين فيها خلافاً لزفر رَحِمَهُ اللَّهُ، هو يقول: إنَّ الثِّنتين بعضُ الثَّلاث، فلمَّا صحَّت نيَّةُ الثَّلاث صحَّت نيَّةُ بَعضِها ضرورةً.

ونحن نقول: نيَّةُ الثَّلاث إنَّما صحَّت لِكَونها جنساً، حتَّى لو كانت المرأةُ أمَةً تصحُّ نيَّةُ الثِّنتين باعتبار معنى الجنسيَّةِ، أمَّا الثِّنتان في حقِّ الحرَّة فعددٌ، واللَّفظُ لا يَحتمِل العددَ، وهذا لأنَّ معنى التَّوحُّد يُراعى في ألفاظ الوُحدان، وذلك بالفرديَّة أو الجنسيَّة، والمثنَّى بِمَعزَلٍ منهما.

(ولو قال: «أنتِ طالِقٌ الطَّلاقَ»، وقال: أَردتُ بِقَولِي: «طالِقٌ» واحِدَةً، وبِقَولِي: «الطَّلاقَ» أُخرَى، يُصَدَّقُ)؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهما صالحٌ للإيقاع، فكأنَّهُ قال: «أنت طالقٌ وطالقٌ»، فتقع رجعِيَّتان إذا كانت مَدخولاً بها.

(وإذا أضافَ الطَّلاقَ إلى جُملَتِها، أو إلى ما يُعَبَّرُ بِهِ عَنِ الجُملَةِ وَقَعَ الطَّلاقُ)؛ لأنَّه أُضيف إلى مَحلِّه، (وذَلِكَ مِثلُ أنْ يَقُولَ: «أنتِ طالِقٌ»)؛ لأنَّ التَّاءَ ضميرُ المرأة، (أو) يقول: (رَقَبَتُكِ طالِقٌ، أو عُنُقُكِ) طالقٌ، أو رأسُكِ طالقٌ، (أو رُوحُكِ أو بَدَنُكِ أو جَسَدُكِ أو فَرْجُكِ أو وَجْهُكِ)؛ لأنَّه يُعبَّرُ بها عن جميعِ البدن.

أمَّا الجسدُ والبدنُ فظاهرٌ، وكذا غيرُهما، قال الله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [النِّساء: ٩٢]، وقال: ﴿فَظَلَّتْ أَعْنَاقُهُمْ لَهَا خَاضِعِينَ﴾ [الشُّعَراء: ٤]، وقال ﷺ: «لَعَنَ اللهُ

وكذلكَ إنْ طَلَّقَ جُزءاً شائِعاً منها، مِثلَ أنْ يَقُولَ: «نِصفُكِ» أو «ثُلُثُكِ طالِقٌ» ولَوْ قال: «يَدُكِ طالِقٌ» أو «رِجْلُكِ طالِقٌ» لم يَقَعِ الطَّلاقُ. ....

الفُرُوجَ على السُّروجِ[1]»، ويقال: «فلانٌ رأسُ القومِ»، و«يا وجهَ العرب»، و«هَلَكت روحه» بمعنى نفسُهُ، ومن هذا القبيلِ الدَّمُ في روايةٍ، يقال: «دمُهُ هَدْر»، ومنه النَّفس، وهو ظاهر.

(وكذلكَ إنْ طَلَّقَ جُزءاً شائِعاً منها، مِثلَ أنْ يَقُولَ: نِصفُكِ أو ثُلُثُكِ طالِقٌ)؛ لأنَّ الجزءَ الشَّائعَ مَحلٌّ لسائرِ التَّصرُّفات كالبيع وغيره، فكذا يكون محلاً للطَّلاق، إلَّا أنه لا يتجزَّأُ في حقِّ الطَّلاق، فيثبت في الكلِّ ضرورة.

(ولَوْ قال: «يَدُكِ طالِقٌ، أو رِجلُكِ طالِقٌ» لم يَقَعِ الطَّلاقُ)، وقال زفر والشَّافعيُّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ[2]: يقع. وكذا الخلافُ في كلِّ جُزءٍ معيَّن لا يُعبَّر به عن جميع البدن.

لهما: أنَّه جزءٌ مُستَمْتَعٌ بِعَقد النِّكاحِ، وما هذا حالُهُ يكون مَحلاً لحكمِ النِّكاحِ، فيكون محلاً للطَّلاق، فَيَثبُت الحكمُ فيه قضيَّةً للإضافةِ، ثمَّ يسري إلى الكلِّ كما في الجزء الشَّائع.

---

(١) قال الزيلعي (٣/ ٢٢٨): غريب جداً، ولقد أبعَدَ شيخُنا علاءُ الدِّين إذِ استشهَدَ بحديثٍ أخرجه ابن عدي في الكامل عن ابن عباس «أنَّ النَّبيَّ ﷺ نهى ذواتَ الفروجِ أن يَركَبْنَ السُّروج»؛ فإنَّ المصنِّفَ استدلَ بالحديث المذكور على أنَّ الفَرْجَ من الأعضاء التي يُعبَّرُ به عن جملة المرأةِ، كالوجه، والعُنق، بحيث يقعُ الطَّلاقُ بإسنادِهِ إليه، وحديث ابن عدي: أجنبي عن ذلك. انظر تتمَّته.

(٢) قال الماوردي في الحاوي (١٠/ ٢٤١) ط الكتب العلمية: مسألة: قال الشَّافعيُّ: وإن قال: رأسُكِ أو شعرُكِ أو يدكِ أو رِجلُكِ أو جُزءٌ من أجزائكَ طالقٌ، فهي طالقٌ لا يقعُ على بَعضِها دون بعض. قال الماوردي: وهو كما قال: إذا طلَّق بعضَ بَدنِها طلَّقَ جميعَها، سواء كان ما طلَّقَه منها جزءاً شائعاً مقدَّراً، كقوله: ربُعكِ طالقٌ، أو نِصفُكِ طالقٌ، أو غيرُ مقدَّرٍ كقوله: جزءٌ منكِ طالقٌ، أو كان عضواً معيَّناً كقوله: رأسُكِ طالقٌ، أو يدُكِ طالقٌ أو شعرُكِ طالقٌ، أو ظفرُكِ طالقٌ، وسواءٌ كان العضوُ مِمَّا يُعبَّرُ به عن الجملة ولا يحيا بِفَقدِهِ كالرَّأس، أو كان ممَّا لا يُعبَّر به عن الجملةِ ويحيا بِفَقدِهِ كاليد والشَّعر. اهـ.

وإنْ طَلَّقَها نِصفَ تَطليقَةٍ أو ثُلُثَها، كانتْ طالِقاً تَطليقَةً واحِدَةً. ولَوْ قال لها: «أنتِ طالِقٌ ثَلاثَةَ أنصافِ تَطليقَتَينِ» فَهِي طالقٌ ثَلاثاً، ولَوْ قال: «أنتِ طالِقٌ ثَلاثَةَ أنصافِ تَطليقَةٍ»، قيل: يَقَعُ تَطليقتان، ....

بخلافِ ما إذا أُضيف إليه النِّكاح؛ لأنَّ التَّعدِّي مُمتَنِع؛ إذِ الحرمةُ في سائرِ الأجزاءِ تُغَلِّبُ الحِلَّ في هذا الجزءِ، وفي الطَّلاق الأمرُ على القلب.

ولنا: أنَّه أضاف الطَّلاقَ إلى غيرِ مَحلِّه فَيَلغو كما إذا أضافه إلى رِيقِها أو ظُفرِها، وهذا لأنَّ محلَّ الطَّلاقِ ما يكون فيه القيدُ؛ لأنَّه يُنبئُ عن رَفعِ القيدِ، ولا قيدَ في اليدِ، ولهذا لا تصحُّ إضافةُ النِّكاحِ إليه.

بخلاف الجزءِ الشَّائعِ لأنَّه محلٌّ للنِّكاحِ عندنا، حتَّى تصحُّ إضافتُهُ إليه، فكذا يكونُ محلاً للطَّلاق.

واختلفوا في الظَّهر والبَطْن، والأظهرُ أنَّه لا يصحُّ؛ لأنَّه لا يُعبَّر بهما عن جميع البدن.

(وإنْ طَلَّقَها نِصفَ تَطليقَةٍ أو ثُلُثَها، كانتْ طالِقاً تَطليقَةً واحِدَةً)؛ لأنَّ الطَّلاقَ لا يتجزَّأ، وذِكرُ بعضِ ما لا يَتجزَّأ كذكر الكلِّ، وكذا الجوابُ في كلِّ جزءٍ سمَّاه لِما بيَّنَّا[1].

(ولَوْ قال لها: «أنتِ طالِقٌ ثَلاثَةَ أنصافِ تَطليقَتَينِ» فَهِي طالقٌ ثَلاثاً)؛ لأنَّ نِصفَ التَّطليقتين تطليقةٌ، فإذا جَمَع بين ثلاثةِ أنصافٍ تكون ثلاثَ تطليقاتٍ ضرورةً.

(ولَوْ قال: «أنتِ طالِقٌ ثَلاثَةَ أنصافِ تَطليقَةٍ»، قيل: يَقَعُ تَطليقتان)؛ لأنَّها طلقةٌ ونصفٌ فيتكامل. وقيل: يقع ثلاثُ تطليقاتٍ؛ لأنَّ كلَّ نصفٍ يَتكامَلُ في نفسِهِ فتصيرُ ثلاثاً.

---

(١) من أنَّ الطلاق لا يتجزَّأ.

وَلَوْ قال: «أنتِ طالِقٌ مِنْ واحِدَةٍ إلى ثِنْتَينِ» أو «ما بَيْنَ واحِدَةٍ إلى ثِنْتَينِ» فَهِي واحِدَةٌ، وَلَوْ قال: «مِنْ واحِدَةٍ إلى ثَلاثٍ» أو «ما بَيْنَ واحِدَةٍ إلى ثَلاثٍ» فَهِي ثِنْتانِ، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا في الأولى: هي ثِنْتانِ، وفي الثَّانيةِ: ثَلاثٌ. ....

(وَلَوْ قال: «أنتِ طالِقٌ مِنْ واحِدَةٍ إلى ثِنْتَينِ» أو «ما بَيْنَ واحِدَةٍ إلى ثِنْتَينِ» فَهِي واحِدَةٌ. ولَوْ قال: «مِنْ واحِدَةٍ إلى ثَلاثٍ» أو «ما بَيْنَ واحِدَةٍ إلى ثَلاثٍ» فَهِي ثِنْتانِ، وهذا عند أبي حنيفة).

(وقالا في الأولى: هي ثِنْتانِ، وفي الثَّانيةِ: ثَلاثٌ).

وقال زفر رَحِمَهُ اللَّهُ: في الأولى لا يقعُ شيءٌ، وفي الثَّانية تقعُ واحدةٌ [رجعية][1]، وهو القياس؛ لأنَّ الغايةَ لا تدخلُ تحتَ المضروبِ له الغايةُ، كما لو قال: «بِعتُ منكَ مِن هذا الحائطِ إلى هذا الحائط».

وجهُ قولهما - وهو الاستحسان -: أنَّ مِثلَ هذا الكلامِ متى ذُكِر في العُرفِ يُرادُ به الكلُّ، كما تقول لغيرك: «خُذْ من مالي من درهم إلى مائة».

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّ المرادَ به الأكثرُ من الأقلِّ، والأقلُّ من الأكثر[2]، فإنَّهم يقولون: «سنِّي من ستِّين إلى سبعين. وما بين ستِّين إلى سبعين» ويُريدون به ما ذكرناه[3].

وإرادةُ الكلِّ[4] فيما طريقُهُ طريقُ الإباحة كما ذكر، إذِ الأصلُ في الطَّلاق هو الحظرُ.

ثمَّ الغايةُ الأولى[5] لا بدَّ أن تكون موجودةً ليترتَّب عليها الثَّانية، ووجودُها بوقوعها.

---

(١) زيادة من (د).

(٢) معناه: إذا كان بينهما عددٌ، كما في قوله: «من واحدة إلى ثلاث». عناية.

(٣) يعني: الأكثر من الأقلِّ، أو الأقلُّ من الأكثر.

(٤) جوابٌ عن قولهما: «يُراد به الكلُّ كما تقول لغيرك: خذ من مالي من درهم إلى مائة» وهو ظاهر.

(٥) جواب عن قول زفر.

ولَوْ قال: «أنتِ طالِقٌ واحِدَةً في ثِنْتَينِ» ونَوَى الضَّرْبَ والحِسابَ، أو لم تكُنْ له نِيَّةٌ، فَهِيَ واحِدَةٌ، فإنْ نَوَى واحِدَةً وثِنْتَينِ فَهِيَ ثَلاثٌ، ولَوْ نَوَى الظَّرْفَ تَقَعُ واحِدَةً. ولَوْ قال: «اِثْنَتَينِ في اثْنَتَينِ»، ونَوَى الضَّرْبَ والحِسابَ، فهي ثِنتانِ. ولَوْ قالَ: «أنتِ طالِقٌ مِنْ هُنا إلى الشَّامِ» فَهِي واحِدَةٌ، وَيملِكُ الرَّجعَةَ. ....

بخلاف البيع[1] لأنَّ الغايةَ فيه موجودةٌ قبل البيع.

ولو نوى واحدةً يُدَيَّنُ دِيانةً لا قضاءً؛ لأنَّه مُحتَمَل كلامه، لكنَّه خلاف الظَّاهر.

(ولَوْ قال: «أنتِ طالِقٌ واحِدَةً في ثِنْتَينِ» ونَوَى الضَّرْبَ والحِسابَ، أو لم تكُنْ له نِيَّةٌ، فَهِيَ واحِدَةٌ).

وقال زفر رَحِمَهُ اللَّهُ: تقع ثِنتان لِعُرف الحساب، وهو قول الحسنِ بنِ زياد رَحِمَهُ اللَّهُ.

ولنا: أنَّ عملَ الضَّربِ أثَرُه في تكثيرِ الأجزاءِ لا في زيادةِ المَضروبِ، وتكثيرُ أجزاءِ التَّطليقةِ لا يُوجِب تَعدُّدَها.

(فإنْ نَوَى واحِدَةً وثِنْتَينِ، فَهِيَ ثَلاثٌ)؛ لأنَّه يَحتمِلُهُ، فإنَّ حرف الواو للجمع، والظَّرفُ يَجمَعُ المَظروف. ولو كانت غيرَ مدخولٍ بها تقع واحدةً، كما في قوله: «واحدة وثنتين» تقع الثَّلاث؛ لأنَّ كلمة «في» تأتي بمعنى «مع» كما في قوله تعالى: ﴿فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي﴾ [الفجر: ٢٩]، أي: مع عبادي.

(ولَوْ نَوَى الظَّرْفَ تَقَعُ واحِدَةً)؛ لأنَّ الطَّلاقَ لا يَصلُح ظرفاً، فيلغو ذِكرُ الثَّاني.

(ولَوْ قال: «اِثْنَتَينِ في اثْنَتَينِ، ونَوَى الضَّرْبَ والحِسابَ، فهي ثِنتانِ)، وعند زفر رَحِمَهُ اللَّهُ: ثلاثٌ؛ لأنَّ قضيَّتَه أن تكون أربعاً، لكن لا مَزيدَ للطَّلاقِ على الثَّلاث. وعندنا: الاعتبارُ للمذكور الأوَّل على ما بيَّنَّاه[2].

(ولَوْ قالَ: «أنتِ طالِقٌ مِنْ هُنا إلى الشَّامِ» فَهِي واحِدَةٌ وَيملِكُ الرَّجعَةَ)، وقال زفر رَحِمَهُ اللَّهُ: هي بائنةٌ؛ لأنَّه وَصَفَ الطَّلاقَ بالطُّول.

---

(١) جواب عن قوله: «كما لو قال: بعتك من هذا الحائط».

(٢) يعني: قوله: «إنَّ عمل الضَّربِ في تكثيرِ الأجزاءِ، لا في زيادةِ المضروب».

ولَوْ قال: «أنتِ طالِقٌ بِمَكَّةَ» أو «في مِكَّةَ» فَهِي طالِقٌ في الحالِ في كُلِّ البلاد، وكَذَلِكَ لَوْ قال: «أنتِ طالِقٌ في الدَّارِ». ولَوْ قال: «أنتِ طالِقٌ إذا دَخَلْتِ مَكَّةَ» لم تَطلُقْ حَتَّى تَدخُلَ مَكَّةَ.

قلنا: لا، بل وَصَفَه بالقِصَر؛ لأنَّه متى وَقَع وَقْعَ في الأماكن كلِّها.

(ولَوْ قال: «أنتِ طالِقٌ بِمَكَّةَ، أو في مِكَّةَ» فَهِي طالِقٌ في الحالِ في كُلِّ البلاد، وكَذَلِكَ لَوْ قال: «أنتِ طالِقٌ في الدَّارِ»)؛ لأنَّ الطَّلاقَ لا يَتخصَّصُ بمكانٍ دونَ مكان. وإن عَنَى به: إذا أتيتِ مكَّةَ، يُصدَّق ديانةً لا قضاءً؛ لأنَّه نوى الإضمارَ وهو خلاف الظَّاهر.

وكذا إذا قال: «أنتِ طالقٌ وأنتِ مريضة» وإن نوى: «إنْ مَرِضتِ» لم يُدَّين في القضاء.

(ولَوْ قال: «أنتِ طالِقٌ إذا دَخَلْتِ مَكَّةَ» لم تَطلُقْ حَتَّى تَدخُلَ مَكَّةَ)؛ لأنَّه علَّقه بالدُّخول.

ولو قال: «أنتِ طالقٌ في دُخُولك الدَّار» يتعلَّق بالفعل لِمقارَبةٍ بين الشَّرط والظَّرف، فَحُمِل عليه عند تعذُّر الظَّرفيَّة.

فصل في إضافة الطلاق إلى زمان

ولَوْ قال: «أنتِ طالِقٌ غَدَاً» وَقَعَ عليها الطَّلاقُ بِطُلُوعِ الفَجْرِ، ولَوْ قال: «أنتِ طالِقٌ اليومَ غَدَاً» أو «غَدَاً اليومَ» فإنَّهُ يُؤخَذُ بِأَوَّلِ الوَقتَينِ الذي تَفوَّهَ بِهِ. ولَوْ قال: «أنتِ طالِقٌ في غَدٍ»، وقال: نويتُ آخِرَ النَّهارِ، دُيِّنَ في القَضَاءِ عند أبي حنيفة. وقالا: لا يُدَيَّنُ في القَضاءِ خاصَّةً. ....

(فصل في إضافة الطلاق إلى زمان)

(ولَوْ قال: «أنتِ طالِقٌ غَدَاً» وَقَعَ عليها الطَّلاقُ بِطُلُوعِ الفَجْرِ)؛ لأنَّه وَصَفَها بالطَّلاق في جميع الغد، وذلك بِوُقُوعه في أوَّل جُزءٍ منه. ولو نوى به آخِرَ النَّهارِ صُدِّق ديانةً لا قضاءً؛ لأنَّه نوى التَّخصيصَ في العُموم، وهو يَحتَمِله، لكنَّه مخالفٌ للظَّاهر.

(ولَوْ قال: «أنتِ طالِقٌ اليومَ غَدَاً، أو غَدَاً اليومَ» فإنَّهُ يُؤخَذُ بِأَوَّلِ الوَقتَينِ الذي تَفوَّهَ بِهِ) فيقعُ في الأوَّل في اليوم، وفي الثَّاني في الغد؛ لأنَّه لمَّا قال: «اليوم» كان تَنجيزاً، والمُنجَّزُ لا يَحتمِلُ الإضافة. وإذا قال: «غداً» كان إضافةً، والمضافُ لا يُنَجَّز لِما فيه من إبطال الإضافة، فلغا اللَّفْظُ الثَّاني في الفَصلين.

(ولَوْ قال: «أنتِ طالِقٌ في غَدٍ»، وقال: نويتُ آخِرَ النَّهارِ دُيِّنَ في القَضَاءِ عند أبي حنيفة. وقالا: لا يُدَيَّنُ في القَضاءِ خاصَّةً)؛ لأنَّه وَصَفَها بالطَّلاقِ في جميع الغد، فصار بمنزلة قوله: «غداً» على ما بيَّنَّاه[1]، ولهذا يقع في أوَّل جُزءٍ منه عند عدم النِّيَّة، وهذا لأنَّ حَذْفَ «في» وإثباتَهُ سواءٌ؛ لأنَّه ظرفٌ في الحالين.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنَّه نوى حقيقةَ كلامِهِ؛ لأنَّ كلمةَ «في» للظَّرفِ، والظَّرفيَّةُ لا تقتضي الاستيعابَ، وتَعيَّنَ الجزءُ الأوَّلُ ضرورةَ عَدَمِ المُزاحِم، فإذا عيَّنَ آخِرَ النَّهارِ كان التَّعيينُ القَصدي أولى بالاعتبار من الضَّروريِّ.

(١) إشارة إلى قوله: «لأنَّه نوى التَّخصيصَ في العموم وهو يَحتمِلُه مُخالِفاً للظَّاهر» وقد علمت ما فيه.

وَلَوْ قال: «أنتِ طالِقٌ أمسِ» وقَدْ تَزَوَّجَها اليومَ، لم يَقَعْ شَيءٌ، وَلَوْ تَزَوَّجَها أَوَّلَ مِنْ أمسِ وَقَعَ السَّاعَةَ. وَلَوْ قال: «أنتِ طالِقٌ قَبْلَ أَنْ أَتزَوَّجَكِ» لَمْ يَقَعْ شيءٌ. وَلَوْ قال: «أنتِ طالِقٌ ما لم أُطَلِّقْكِ» أو «مَتَى لم أُطَلِّقْكِ» أو «مَتَى ما لم أُطَلِّقْكِ» وسَكَتَ، طَلُقَتْ. وَلَوْ قال: «أنتِ طالِقٌ إنْ لَمْ أُطَلِّقْكِ» لم تَطْلُقْ حَتَّى يَمُوتَ. ....

بخلاف قوله: «غداً» لأنَّه يقتضي الاستيعابَ حيثُ وَصَفَها بهذه الصِّفةِ مُضافاً إلى جميع الغد، نظيرُهُ إذا قال: «والله لأصومَنَّ عُمري»، ونظيرُ الأوَّل «واللهِ لأصومَنَّ في عمري»، وعلى هذين: الدَّهر، وفي الدَّهر.

(ولَوْ قال: «أنتِ طالِقٌ أمسِ» وقَدْ تزَوَّجَها اليومَ، لم يَقَعْ شَيءٌ)؛ لأنَّه أسنَدَه إلى حالةٍ مَعهودةٍ منافيةٍ لِمالكيَّةِ الطَّلاقِ فيلغو، كما إذا قال: «أنت طالقٌ قبلَ أن أُخلَق»، ولأنَّه يُمكِن تَصحيحُه إخباراً عن عَدَم النِّكاح، أو عن كونها مُطلَّقةً بتطليقِ غَيرِه من الأزواج.

(ولَوْ تَزَوَّجَها أوَّلَ مِنْ أمسِ وَقَعَ السَّاعَةَ)؛ لأنَّه ما أسنده إلى حالةٍ منافيةٍ، ولا يُمكِنُ تَصحيحُهُ إخباراً أيضاً، فكان إنشاءً، والإنشاءُ في الماضي إنشاءٌ في الحال، فيقع السَّاعةَ.

(ولَوْ قال: «أنتِ طالِقٌ قَبْلَ أنْ أتزَوَّجَكِ» لَمْ يَقَعْ شيءٌ)؛ لأنَّه أسنده إلى حالةٍ منافيةٍ، فصار كما إذا قال: «طلَّقتُك وأنا صبيٌّ، أو نائمٌ»، أو يصحُّ إخباراً على ما ذكرنا.

(ولَوْ قال: «أنتِ طالِقٌ ما لم أُطَلِّقْكِ» أو «مَتَى لم أُطَلِّقْكِ» أو «مَتَى ما لم أُطَلِّقْكِ» وسَكَتَ، طَلُقَتْ)؛ لأنَّه أضافَ الطَّلاقَ إلى زمانٍ خالٍ عن التَّطليقِ وقد وُجِدَ حيثُ سَكَت، وهذا لأنَّ كلمة «متى» و«متى ما» صريحٌ في الوقت؛ لأنَّهما من ظُروفِ الزَّمانِ، وكذا كلمةُ «ما» للوقت، قال الله تعالى: ﴿مَا دُمْتُ حَيًّا﴾ [مريم: ٣١]، أي: وقتَ الحياة.

(ولَوْ قال: «أنتِ طالِقٌ إنْ لَمْ أُطَلِّقْكِ» لم تَطْلُقْ حَتَّى يَمُوتَ)؛ لأنَّ العدَمَ

ولَوْ قال: «أنتِ طالِقٌ إذا لَمْ أُطَلِّقْكِ» أو «إذا ما لَمْ أُطَلِّقْكِ» لم تَطْلُقْ حتَّى يَمُوتَ عندَ أبي حنيفة، وقالا: تَطلُقُ حينَ سَكَتَ. ....

لا يتحقَّقُ إلَّا باليأسِ عن الحياة، وهو الشَّرطُ كما في قوله: «إنْ لم آتِ البصرةَ»، وموتُها بمنزلةِ موتِهِ، هو الصَّحيح[1].

(ولَوْ قال: «أنتِ طالِقٌ إذا لَمْ أُطَلِّقْكِ» أو «إذا ما لَمْ أُطَلِّقْكِ» لم تَطْلُقْ حتَّى يَمُوتَ عندَ أبي حنيفة، وقالا: تَطلُقُ حينَ سَكَتَ)؛ لأنَّ كلمةَ «إذا» للوقت، قال الله تعالى: ﴿إِذَا ٱلشَّمۡسُ كُوِّرَتۡ﴾ [التّكوير: ١]، وقال قائلهم:

وإذا تَكُونُ كَرِيهَةٌ أُدعَى لها
وإذا يُحاسَ الحَيْسُ يُدْعَى جُندَبُ

فصارَ بمنزلةِ «متى، ومتى ما» ولهذا لو قال لامرأته: «أنتِ طالقٌ إذا شئتِ» لا يَخرُجُ الأمرُ من يدِها بالقيامِ من المجلسِ، كما في قوله: «متى شِئتِ».

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنَّ كلمة «إذا» تُستَعملُ في الشَّرطِ أيضاً، قال قائلهم:

واستَغنِ ما أغناكَ رَبُّكَ بالغِنى
وإذا تُصِبْكَ خَصاصَةٌ فَتَجَمَّلِ

فإن أُرِيد به الشَّرطُ لم تَطلُقْ في الحال، وإنْ أُريد به الوقتُ تَطلُقُ، فلا تَطلُقُ بالشَّكِّ والاحتمال، بخلاف مسألة المشيئة؛ لأنَّه على اعتبار أنَّه للوقت لا يَخرُج الأمرُ من يدها، وعلى اعتبار أنَّه للشَّرط يَخرُج، والأمرُ صارَ في يدها فلا يَخرُج بالشَّكِّ والاحتمالِ.

وهذا الخلافُ فيما إذا لم تكن له نيَّةٌ ألبتَّة، أمَّا إذا نوى الوقتَ يقع في الحالِ، ولو نوى الشَّرطَ يقع في آخِرِ العُمرِ؛ لأنَّ اللَّفظَ يَحتَمِلُهما.

---

(١) في (ج): وترثُ منه؛ لأنَّه صار فارّاً.

ولَوْ قال: «أنتِ طالِقٌ ما لَمْ أُطَلِّقْكِ أنتِ طالِقٌ» فَهِيَ طالِقٌ بهذه التَّطليقَةِ. ومَنْ قال لامرأةٍ: «يَوْمَ أَتزَوَّجُكِ فَأنتِ طالِقٌ» فَتزَوَّجها ليلاً طَلُقَتْ.

(ولَوْ قال: «أنتِ طالِقٌ مالَمْ أُطَلِّقْكِ أنتِ طالِقٌ» فَهِيَ طالِقٌ بهذه التَّطليقَةِ)، معناه: قال ذلك مَوصولاً به. والقياسُ أنْ يقَعَ المضافُ فَيقعانِ إنْ كانت مدخولاً بها - وهو قولُ زفر رَحِمَهُ ٱللَّهُ - لأنَّه وُجِد زمانٌ لم يُطلِّقها فيه وإنْ قَلَّ، وهو زمانُ قوله: «أنت طالق» قبل أن يَفرُغ منها.

وجهُ الاستحسان: أنَّ زمانَ البِرِّ مُستثنى عن اليمين بدلالة الحال؛ لأنَّ البِرَّ هو المقصودُ، ولا يُمكِنُهُ تحقيقُ البِرِّ إلَّا أن يَجعَلَ هذا القَدْرَ مُستثنى.

وأصلُهُ: مَن حلَفَ لا يَسْكُنُ هذه الدَّارَ [وهو ساكنها][1]، فاشتَغَلَ بالنَّقلةِ من ساعته [لم يحنث][2]، وأخواتُهُ[3] على ما يأتيك من الأيمان إن شاء الله تعالى.

(ومَنْ قال لامرأةٍ: «يَوْمَ أَتزَوَّجُكِ فَأنتِ طالِقٌ» فتزَوَّجها ليلاً طَلُقَتْ)؛ لأنَّ اليومَ يُذكَر ويُرادُ به بَياضُ النَّهار، فَيُحمَلُ عليه إذا قُرِن بفعل يَمتدُّ كالصَّوم والأمرِ باليد؛ لأنَّه يُرادُ به المعيار، وهذا أليق به، ويُذكَر ويُرادُ به مُطلَق الوقتِ، قال الله تعالى: ﴿وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥ﴾ [الأنفال: ١٦]، والمرادُ به مُطلَق الوقتِ، فَيُحمَل عليه إذا قُرِن بفعل لا يمتدُّ، والطَّلاقُ من هذا القبيل فَينتظِم اللَّيلَ والنَّهارَ.

ولو قال: «عنيتُ به بياضَ النَّهار خاصَّةً» دُيِّنَ في القضاء؛ لأنَّه نوى حقيقةَ كلامِه، واللَّيلُ لا يَتناولُ إلَّا السَّواد، والنَّهارُ لا يَتناولُ إلَّا البياض خاصَّة، وهذا هو اللُّغة.

---

(١) زيادة من (ج).

(٢) زيادة من (ج).

(٣) يُريد به نحو قوله: «لا يَلبَس هذا الثَّوب» وهو لابِسُه، و «لا يركَبُ هذه الدَّابَّة» وهو راكِبُها، فنَزَعه في الحال ونَزَل عنها لا يحنث، وإن كان اللُّبسُ القليلُ والرُّكوبُ القليلُ يُوجَدان وقتَ الاشتغالِ بالنَّزْع والنُّزول.

فصل

ومَنْ قال لامرأتِهِ: «أنا مِنكِ طالِقٌ» فليسَ بِشَيءٍ وإنْ نَوَى طَلاقاً. ولو قال: «أنا مِنكِ بائِنٌ» أو «أنا عليكِ حَرامٌ» يَنوِي الطَّلاقَ فهي طالِقٌ. ولو قال: «أنتِ طالِقٌ واحِدَةً أو لا» فليسَ بِشَيءٍ. ....

(فصل)

(ومَنْ قال لامرأتِهِ: «أنا مِنكِ طالِقٌ» فليسَ بِشَيءٍ وإنْ نَوَى طَلاقاً، ولو قال: «أنا مِنكِ بائِنٌ» أو «أنا عليكِ حَرامٌ» يَنوِي الطَّلاقَ فهي طالِقٌ).

وقال الشَّافعيُّ رحمه الله[1]: يقع الطَّلاقُ في الوجهِ الأوَّلِ أيضاً إذا نوى؛ لأنَّ مِلكَ النِّكاحِ مُشتَرَك بين الزَّوجين، حتَّى مَلَكت هي المُطالَبَةُ بالوطءِ كما يَملِكُ هو المطالبَةَ بالتَّمكين، وكذا الحِلُّ مشتركٌ بينهما، والطَّلاقُ وُضِع لإزالتهما، فيصحُّ مضافاً إليه كما صحَّ مضافاً إليها، كما في الإبانة والتَّحريم.

ولنا: أنَّ الطَّلاقَ لإزالةِ القيدِ، وهو فيها دونَ الزَّوجِ، ألا ترى أنَّها هي الممنوعةُ عن التَّزوُّجِ بزوجٍ آخر والخُروجِ، ولو كان لإزالة المِلك فهو عليها؛ لأنَّها مملوكةٌ والزَّوج مالِكٌ، ولهذا سُمِّيت منكوحةً.

بخلاف الإبانةِ لأنَّها لإزالة الوصلة، وهي مُشتركة بينهما.

وبخلاف التَّحريم لأنَّه لإزالة الحِلِّ، وهو مشترك بينهما، فصحَّت إضافتُهما إليهما، ولا تصحُّ إضافةُ الطَّلاق إلَّا إليها.

(ولو قال: «أنتِ طالِقٌ واحِدَةً أو لا» فليسَ بِشَيءٍ)، قال رضي الله عنه: هكذا ذَكَر في الجامع الصَّغير من غير خلاف، وهذا قولُ أبي حنيفة رحمه الله و أبي يوسف رحمه الله آخِراً، وعلى قول محمد وهو قولُ أبي يوسف رحمه الله أوَّلاً: تَطلُق واحدةً رجعيَّةً.

---

(١) قال النووي في الروضة (٦/ ٦٣) ط دار الكتب العلمية: قال لزوجته: «أنا منك طالق»، ونوى إيقاعَ الطَّلاقِ عليها، طَلُقت. وإن لم يَنوِ إيقاعَهُ عليها، فالصَّحيحُ الذي قطَعَ به الجمهور أنَّها لا تطلق. اهـ.

ولو قال: «أنتِ طالِقٌ مَعَ مَوتي» أو «مَعَ مَوتِكِ» فَلَيسَ بِشَيءٍ. وإذا مَلَكَ الزَّوجُ امرأَتَهُ أو شِقْصاً منها، أو مَلَكَتِ المرأةُ زَوْجَها أو شِقْصاً منه، وَقَعَتِ الفُرقَةُ. ....

ذَكَر قولَ محمَّد رَحِمَهُ اللَّهُ في كتاب الطَّلاق فيما إذا قال لامرأته: «أنت طالقٌ واحدةً أو لا شيء» ولا فرقَ بين المسألتين.

ولو كان المذكورُ ههنا قولَ الكلِّ، فعن محمد رَحِمَهُ اللَّهُ روايتان.

له: أنَّه أدخل الشَّكَّ في الواحدةِ لدخولِ كلمة «أو» بينها وبينَ النَّفي، فيسقُطُ اعتبارُ الواحدةِ ويبقى قولُه: «أنت طالق».

بخلاف قوله: «أنتِ طالقٌ أو لا» لأنَّه أدخل الشَّكَّ في أصل الإيقاع، فلا يقع.

ولهما: أنَّ الوصفَ[1] متى قُرِن بالعدد كان الوقوعُ بِذِكر العدد، ألا ترى أنَّه لو قال لغير المدخولِ بها: «أنتِ طالقٌ ثلاثاً» تَطلُق ثلاثاً، ولو كان الوقوعُ بالوصفِ لَلَغا ذِكرُ الثَّلاثِ، وهذا لأنَّ الواقعَ في الحقيقة إنَّما هو المنعوتُ المحذوفُ، ومعناه: «أنتِ طالقٌ تَطليقَةٌ واحدةٌ» على ما مَرَّ[2]، وإذا كان الواقعُ ما كان العددُ نَعتاً له، كان الشَّكُّ داخلاً في أصل الإيقاع، فلا يقعُ شيءٌ.

(ولو قال: «أنتِ طالِقٌ مَعَ مَوتي» أو «مَعَ مَوتِكِ» فَلَيسَ بِشَيءٍ)؛ لأنَّه أضاف الطَّلاقَ إلى حالةٍ مُنافيةٍ له؛ لأنَّ موتَهُ يُنافي الأهليَّةَ، وموتَها يُنافي المَحلِّيَّةَ، ولا بدَّ منهما.

(وإذا مَلَكَ الزَّوجُ امرأتَهُ أو شِقْصاً منها، أو مَلَكَتِ المرأةُ زَوْجَها أو شِقْصاً منه، وَقَعَتِ الفُرقَةُ)؛ للمنافاة بين المِلكَين، أمَّا مِلكُها إيَّاهُ فللاجتماع بين المالكيَّةِ والمَملوكيَّة، وأمَّا مِلكُهُ إيَّاها فلأنَّ مِلكَ النِّكاح ضَروريٌّ، ولا ضرورةَ مع قيام مِلك اليمين، فينتفي النِّكاح.

---

(١) المرادُ بالوصف هنا قوله: «أنت طلق».

(٢) أراد به قولَه: «كان الوقوع بذكر العدد».

ولَوِ اشْتَراها ثُمَّ طَلَّقَها لم يَقَعْ شَيءٌ. وإنْ قال لها وهي أمَةٌ لِغَيرِهِ: «أنتِ طالِقٌ ثِنْتَينِ مَعَ عِتْقِ مَولاكِ إيَّاكِ» فَأعتَقَها مَولاها مَلَكَ الزَّوجُ الرَّجْعَةَ، ....

(ولَوِ اشْتَراها ثُمَّ طَلَّقَها لم يَقَعْ شَيءٌ)؛ لأنَّ الطَّلاقَ يستدعي قيامَ النِّكاح، ولا بقاءَ له مع المنافي، لا من وجهٍ ولا من كلِّ وجهٍ[1]، وكذا إذا مَلَكته أو شِقصاً منه لا يقع الطَّلاقُ لِما قُلنا من المنافاة. وعن محمد رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّه يقع؛ لأنَّ العِدَّة واجبةٌ، بخلاف الفَصل الأوَّل؛ لأنَّه لا عدَّةَ هنالك، حتَّى حَلَّ وَطؤُها له .

(وإنْ قال لها وهي أمَةٌ لِغَيرِهِ: «أنتِ طالِقٌ ثِنْتَينِ مَعَ عِتْقِ مَولاكِ إيَّاكِ» فَأعتَقَها مَولاها مَلَكَ الزَّوجُ الرَّجْعَةَ)؛ لأنَّه عَلَّق التَّطليقَ بالإعتاق أو العتق؛ لأنَّ اللَّفظ يَنتظِمُهما، والشَّرطُ ما يكون مَعدوماً على خَطَرِ الوجودِ وللحكمِ تَعلُّقٌ به، و المذكورُ بهذه الصِّفة[2]، والمعلَّقُ به التَّطليقُ؛ لأنَّ في التَّعليقاتِ يَصيرُ التَّصرُّف تَطليقاً عند الشَّرط عندنا، وإذا كان التَّطليقُ معلَّقاً بالإعتاق أو العتقِ يُوجَد بعده، ثمَّ الطَّلاقُ يوجد بعد التَّطليق، فيكون الطَّلاق متأخِّراً عن العتق، فيصادفُها وهي حرَّةٌ فلا تحرمُ حرمةً غليظةً بالثِّنتين.

بقي شيءٌ وهو أنَّ كلمة «مع» لِلقِران، قلنا: قد تُذكَر للتَّأخُّر، كما في قوله تعالى: ﴿فَإِنَّ مَعَ ٱلۡعُسۡرِ يُسۡرًا ۝٥ إِنَّ مَعَ ٱلۡعُسۡرِ يُسۡرٗا﴾، فَتُحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشَّرط.

---

(١) قوله: «لا من وجه»، يعني: من حيثُ العِدَّةُ؛ لأنَّها أثَرٌ من آثاره، فلا يجب مع وجود المنافي، وإلَّا لكان مِلكُ النِّكاح باقياً من وجه. وقوله: «ولا من كلِّ وجه»، يعني: من حيثُ مِلكُ النِّكاح، وعلى هذا كان قولُه: «لا من وجهٍ ولا من كلِّ وجه» متعلِّقاً بقوله: «ولا بقاء».
وقيل: «لا من وجه»، يعني: إذا مَلَك الشِّقصَ، «ولا من كلِّ وجه» يعني: إذا مَلَك الجميع، وعلى هذا يتعلَّق بقوله مع المنافي.

(٢) لأنَّ الإعتاق من المولى أمرٌ متردِّدٌ بين الوجود والعدم، والحكمُ - وهو الطَّلاق - تعلَّق به، فكان العتقُ شرطاً ووقوعُ الطَّلاق مشروطاً.

ولو قال: «إذا جاءَ غَدٌ فأنتِ طالقٌ ثِنْتَينِ»، وقال المولَى: «إذا جاءَ غَدٌ فأنتِ حُرَّةٌ» فجاءَ الغَدُ لم تَحِلَّ لَهُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ، وعِدَّتُها ثَلاثُ حِيَضٍ، وهذا عند أبي حنيفةَ وأبي يوسف، وقال محمد: زَوْجُها يَملِكُ الرَّجْعَةَ عَلَيها.

(ولو قال: «إذا جاءَ غَدٌ فأنتِ طالقٌ ثِنْتَينِ»، وقال المولَى: «إذا جاءَ غَدٌ فأنتِ حُرَّةٌ» فجاءَ الغَدُ لم تَحِلَّ لَهُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ، وعِدَّتُها ثَلاثُ حِيَضٍ، وهذا عند أبي حنيفةَ وأبي يوسف).

(وقال محمد: زَوْجُها يَملِكُ الرَّجْعَةَ عَلَيها)؛ لأنَّ الزَّوج قَرَن الإيقاعَ بإعتاقِ المولى، حيثُ علَّقه بالشَّرط الذي علَّق به المولى العِتقَ، وإنَّما يَنعقِد المعلَّق سبباً عند الشَّرط، والعتقُ يُقارِن الإعتاقَ؛ لأنَّه عِلَّتُه، وأصلُهُ الاستطاعةُ مع الفعل، فيكون التَّطليقُ مقارِناً لِلعِتق ضرورةً، فتَطلُقُ بعد العتقِ، فصار كالمسألة الأولى، ولهذا تُقدَّر عِدَّتُها بثلاث حيض.

ولهما: أنَّه علَّق الطَّلاقَ بما عَلَّقَ به المولى العِتقَ، ثُمَّ العِتقُ يصادِفُها وهي أمَةٌ، فكذا الطَّلاق، والطَّلقتان تُحرِّمان الأمةَ حرمةً غليظةً بخلاف المسألة الأولى؛ لأنَّه علَّق التَّطليق بإعتاق المولى، فيقع الطَّلاقُ بعد العتقِ على ما قرَّرناه

وبخلافِ العِدَّة لأنَّه يُؤخَذ فيها بالاحتياط، وكذا الحرمةُ الغليظةُ يؤخذ فيها بالاحتياط. ولا وجهَ إلى ما قال؛ لأنَّ العتق لو كان يُقارِن الإعتاقَ لأنَّه عِلَّتُه، فالطَّلاقُ يُقارِن التَّطليق لأنَّه علَّتُه، فيقترنان.

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه

ومَنْ قال لامرأتِهِ: «أنتِ طالِقٌ هَكَذا» يُشيرُ بِالإبهامِ والسَّبَّابَةِ والوُسْطَى، فهي ثَلاثٌ. وإذا وَصَفَ الطَّلاقَ بِضَرْبٍ مِنَ الزِّيادةِ أوِ الشِّدَّةِ كان بائِناً، مِثلَ أنْ يقولَ: «أنتِ طالِقٌ بائِنٌ» أو «ألبَتَّةَ»، ....

(فصل في تشبيه الطلاق ووصفه)

(ومَنْ قال لامرأتِهِ: «أنتِ طالِقٌ هَكَذا» يُشيرُ بِالإبهامِ والسَّبَّابَةِ والوُسْطَى، فهي ثَلاثٌ)؛ لأنَّ الإشارةَ بِالأصبع تُفيد العِلْمَ بالعدد في مَجرى العادةِ إذا اقترنت بالعدد المُبهَم، قال ﷺ: «الشَّهرُ هكذا وهكذا وهكذا[1]» الحديث، وإنْ أشار بواحدةٍ فهي واحدةٌ، وإن أشار بالثِّنتين فهي ثِنتان لِما قلنا.

والإشارةُ تقعُ بالمنشورة منها، وقيل: إذا أشار بِظُهورها فَبِالمضمومة منها.

وإذا كان تقع الإشارةُ بالمنشورة منها، فلو نوى الإشارةَ بالمضومَتْين يُصدَّق ديانةً لا قضاءً، وكذا إذا نوى الإشارةَ بالكفِّ، حتَّى يقع في الأولى ثِنتان ديانةً وفي الثانية واحدةٌ؛ لأنَّه يَحتمِله لكنَّه خِلافُ الظَّاهر، ولو لم يقل: «هكذا» تقع واحدةً؛ لأنَّه لم يقترن بالعدد المُبهَم فَبَقِي الاعتبار بقوله: «أنت طالق».

(وإذا وَصَفَ الطَّلاقَ بِضَرْبٍ مِنَ الزِّيادةِ أوِ الشِّدَّةِ كان بائِناً، مِثلَ أنْ يقولَ: «أنتِ طالِقٌ بائِنٌ» أو «ألبَتَّةَ»).

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يقع رجعيّاً إذا كان بعدَ الدُّخول بها؛ لأنَّ الطَّلاقَ شُرِع مُعقِباً للرَّجعةِ، فكان وَصْفُه بالبينونةِ خلافَ المشروعِ فيلغو، كما إذا قال: «أنتِ طالقٌ على أنْ لا رجعة لي عليكِ».

---

(١) أخرجه البخاري في الطلاق، باب اللعان: (٤٩٩٦)، ومسلم في الصيام، باب: وجوب صوم رمضان لرؤية الهلال (١٠٨٠) عن ابن عمر قال: قال النَّبيُّ ﷺ: «الشَّهرُ هكذا وهكذا وهكذا»، يعني: ثلاثين، ثمَّ قال: «وهكذا وهكذا وهكذا»، يعني: تسعاً وعشرين، يقول: مرَّةً ثلاثين، ومرَّةً تسعاً وعشرين.

وكذا إذا قال: «أنتِ طالِقٌ أفْحَشَ الطَّلاقِ»، وكَذَا إذا قال: «أخبَثَ الطَّلاق» أو «أسوأَهُ»، وكَذَا إذا قال: «طَلاقَ الشَّيطانِ» أو «طَلاقَ البِدعَةِ»، وكذا إذا قال: «كالجَبَلِ». ....

ولنا: أنَّه وَصَفَه بما يَحتمِلُه لفظُه، ألا ترى أنَّ البينونةَ قبل الدُّخولِ بها وبعدَ العِدَّة تَحصُل به، فيكون هذا الوصفُ لتعيين أحدِ المحتملين.

ومسألةُ الرَّجعةِ ممنوعةٌ فتقعُ واحدةٌ بائنةٌ إذا لم تكن له نيَّةٌ أو نوى الثِّنتين، أمَّا إذا نوى الثَّلاثَ فثلاثٌ لِما مَرَّ من قبل[1].

ولو عنى بقوله: «أنتِ طالقٌ» واحدةً، وبقوله: «بائنٌ أو ألبتَّة» أخرى، تقع تطليقتان بائنتان؛ لأنَّ هذا الوصفَ يَصلُحُ لابتداءِ الإيقاع.

(وكذا إذا قال: «أنتِ طالِقٌ أفْحَشَ الطَّلاقِ»)؛ لأنَّه إنَّما يُوصَفُ [بهذا الوصف][2] باعتبار أثَرِهِ، وهو البينونةُ في الحال، فصار كقوله: «بائن»، (وكَذَا إذا قال: «أخبَثَ الطَّلاق» أو «أسوأَهُ») لِما ذكرنا، (وكَذَا إذا قال: «طَلاقَ الشَّيطانِ» أو «طَلاقَ البِدعَةِ»)؛ لأنَّ الرَّجعيَّ هو السُّنِّيُّ، فيكونُ قولُه: «البدعة» و«طلاق الشَّطان» بائناً.

وعن أبي يوسف في قوله: «أنتِ طالقٌ البدعةَ» أنَّه لا يكونُ بائناً إلَّا بالنِّيَّة؛ لأنَّ البدعةَ قد تكونُ من حيثُ الإيقاعُ في حالةِ حيض، فلا بدَّ من النِّيَّة.

وعن محمد رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّه إذا قال: «أنت طالقٌ للبدعة» أو «طلاق الشَّيطان» يكون رجعيًّا؛ لأنَّ هذا الوصفَ قد يتحقَّقُ بالطَّلاق في حالةِ الحيض، فلا تَثبُتُ البينونةُ بالشَّكِّ.

(وكذا إذا قال: «كالجَبَلِ»)؛ لأنَّ التَّشبيهَ به يُوجِب زيادةً لا محالة، وذلك بإثباتِ زيادةِ الوصفِ، وكذا إذا قال: «مثلَ الجبل» لِما قلنا.

---

(١) أي: في باب: إيقاع الطَّلاقِ بقوله: «ونحنُ نقولُ نيَّةُ الثَّلاثِ إنَّما صحَّت لكونها جنساً».

(٢) زيادة من (ج) و(د).

ولو قال لها: «أنتِ طالِقٌ أشَدَّ الطَّلاقِ» أو «كَألفٍ» أو «مِلءَ البَيتِ» فهي واحِدَةٌ بائِنَةٌ، إلَّا أنْ يَنْوِيَ ثَلاثاً. ....

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ اللهُ: يكونُ رجعيّاً؛ لأنَّ الجبل شيءٌ واحدٌ، فكان تشبيهاً به في تَوحُّدِه.

(ولو قال لها: «أنتِ طالِقٌ أشَدَّ الطَّلاقِ» أو «كَألفٍ» أو «مِلءَ البَيتِ» فهي واحِدَةٌ بائِنَةٌ إلَّا أنْ يَنْوِيَ ثَلاثاً).

أمَّا الأوَّل: فلأنَّه وَصَفَه بالشِّدَّة - وهو البائن - لأنَّه لا يحتمل الانتقاضَ والارتفاضَ، أمَّا الرَّجعيُّ فيحتمله، وإنَّما تصحُّ نيَّةُ الثَّلاث لذكره المصدر.

وأمَّا الثاني: فلأنَّه قد يُراد بهذا التَّشبيه التَّشبيهُ في القوَّة تارةً، وفي العدد أخرى، يقال: «هو كألف رجل» ويُراد به القوَّة، فتصحُّ نيَّةُ الأمرين، وعند فقدانها يثبت أقلُّهما. وعن محمد رَحِمَهُ اللهُ: أنَّه يقع الثَّلاث عند عدم النِّيَّة؛ لأنَّه عددٌ فَيُراد به التَّشبيه في العدد ظاهراً، فصار كما إذا قال: «أنتِ طالقٌ كعددِ ألف».

وأمَّا الثَّالث: فلأنَّ الشَّيءَ قد يملأ البيتَ لِعِظَمه في نفسه، وقد يَملؤُهُ لكثرتِهِ، فأيَّ ذلك نوى صحَّت نيَّتُه، وعند انعدامِ النِّيَّة يثبت الأقلُّ.

ثمَّ الأصلُ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ أنَّه متى شُبِّه الطَّلاقُ بشيء يقع بائناً، أيَّ شيء كان المشبَّه به، ذُكِر العِظَمُ أو لم يُذكَر؛ لِما مَرَّ أنَّ التَّشبيه يقتضي زيادةَ وصفٍ.

وعند أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ: إنْ ذَكَرَ العِظَم يكون بائناً، وإلَّا فلا، أيَّ شيءٍ كان المشبَّهُ به؛ لأنَّ التَّشبيه قد يكون في التَّوحيد على التَّجريد، أمَّا ذِكرُ العِظَم فَلِلزِّيادة لا محالة.

وعند زفر رَحِمَهُ اللهُ: إنْ كان المشبَّهُ به ممَّا يُوصَف بالعِظَم عندَ النَّاس يقع بائناً، وإلَّا فهو رجعيٌّ.

وقيل: محمد رَحِمَهُ اللهُ مع أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ، وقيل: مع أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ.

ولَوْ قال: «أنتِ طالِقٌ تطليقةً شَديدةً» أو «عَرِيضَةً» أو «طَوِيلَةً» فَهِي واحِدَةٌ بائِنَةٌ.

وبيانُهُ في قوله: «مِثلَ رأسِ الإبرةِ، مِثلَ عِظَمِ رأسِ الإبرة»[1] و «مثلَ الجبلِ، مِثلَ عِظَمِ الجبل»[2].

(ولَوْ قال: «أنتِ طالِقٌ تَطليقَةً شَديدةً، أو عَرِيضَةً، أو طَوِيلَةً» فَهِي واحِدَةٌ بائِنَةٌ)؛ لأنَّ ما لا يُمكِن تَدارُكُه يَشتَدُّ عليه، وهو البائن، وما يَصعُب تَدارُكه يُقال: لهذا الأمرِ طُولٌ وعَرضٌ. وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّه يقع بها رجعيَّةٌ لأنَّ هذا الوصف لا يليق به فيلغو. ولو نوى الثَّلاث في هذه الفصول صحَّت نيَّتُه لِتنوُّع البينونة على ما مر، والواقعُ بها بائنٌ.

---

(١) قوله: «مثلَ رأس الإبرة» يقع به واحدةٌ بائنةٌ عند أبي حنيفة خاصَّةً، على تقدير أن يكون محمد مع أبي يوسف، وقيل: «مثلَ عِظَم رأس الإبرة» يقع به واحدةٌ بائنة عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد.

(٢) قوله: «مثلَ الجبل» يقع واحدةٌ بائنةٌ عند أبي حنيفة وزفر ومحمد إن كان مع أبي حنيفة. وقوله: «مثلَ عِظَم الجبل» يقع به واحدةٌ بائنةٌ بالاتِّفاق، أمَّا عند أبي حنيفة فلوجود التَّشبيه، وأمَّا عند أبي يوسف فَلِذِكر العِظَم، وأمَّا عند زفر فَلِكَون الجبل ممَّا يُوصَف بالعِظَم عند النَّاس.

فصل في الطلاق قبل الدخول

وإذا طَلَّقَ الرَّجلُ امرأتَهُ ثَلاثاً قبلَ الدُّخولِ بِها وَقَعْنَ عَلَيها، فإنْ فَرَّقَ الطَّلاقَ بانَتْ بِالأُولَى ولم تَقَعِ الثَّانيةُ والثَّالثَةُ، وكذا إذا قال لها: «أنتِ طالِقٌ واحِدَةً وواحِدَةً»، وَقَعَتْ واحِدَةٌ. ولَوْ قال لها: «أنتِ طالِقٌ واحِدَةً» فَماتَتْ قَبْلَ قَولِهِ: «واحِدَة»، كان باطِلاً، وكذا إذا قال: «أنتِ طالِقٌ ثِنْتَينِ أو ثَلاثاً». ولو قال: «أنتِ طالِقٌ واحِدَةً قَبْلَ واحِدَةٍ» أو «بَعْدَها واحِدَةٌ» وَقَعَتْ واحِدَةٌ. ....

(فصل في الطلاق قبل الدخول)

(وإذا طَلَّقَ الرَّجلُ امرأتَهُ ثَلاثاً قبلَ الدُّخولِ بِها وَقَعْنَ عَلَيها)؛ لأنَّ الواقعَ مصدرٌ محذوفٌ؛ لأنَّ معناه: طلاقاً ثلاثاً على ما بيَّنَّاه[1]، فلم يكن قوله: «أنتِ طالقٌ» إيقاعاً على حِدَة، فيقعن جملةً، (فإنْ فَرَّقَ الطَّلاقَ بانَتْ بِالأُولَى ولم تَقَعِ الثَّانيةُ والثَّالثَةُ)، وذلك مِثلُ أن يقولَ: «أنت طالقٌ طالقٌ طالقٌ»؛ لأنَّ كلَّ واحدة إيقاعٌ على حِدَة، إذا لم يذكر في آخِرِ كلامِهِ ما يُغيِّر صَدْرَه حتَّى يتوقَّف عليه، فتقع الأولى في الحال فتُصادِفُها الثَّانيةُ وهي مُبانَة.

(وكذا إذا قال لها: «أنتِ طالِقٌ واحِدَةً وواحِدَةً» وَقَعَتْ واحِدَةٌ) لِما ذكرنا أنَّها بانت بالأولى.

(ولَوْ قال لها: «أنتِ طالِقٌ واحِدَةً» فَماتَتْ قَبْلَ قَولِهِ: «واحِدَة»، كان باطِلاً)؛ لأنَّه قَرَن الوصف بالعدد، فكان الواقعُ هو العدد، فإذا ماتَتْ قبلَ ذِكْر العدد فاتَ المَحلُّ قبلَ الإيقاعِ فَبَطَل.

(وكذا إذا قال: «أنتِ طالِقٌ ثِنْتَينِ أو ثَلاثاً»)؛ لِما بيَّنَّا، وهذه تُجانِس ما قبلها من حيث المعنى.

(ولو قال: «أنتِ طالِقٌ واحِدَةً قَبْلَ واحِدَةٍ، أو بَعْدَها واحِدَةٌ» وَقَعَتْ واحِدَةٌ).

---

(١) يعني قبل هذا: أنَّ الوصف متى قُرِن بالعدد كان الوقوع بِذِكْر العدد. انظر ص (١٣٣).

ولو قال: «أنتِ طالقٌ واحِدَةً قَبْلَها واحِدَةٌ» تَقَعُ ثِنتانِ، وكذا إذا قال: «أنتِ طالِقٌ واحِدَةً بَعْدَ واحِدَةٍ» يَقَعُ ثِنتانِ. ولو قال: «أنتِ طالِقٌ واحِدَةً مَعَ واحِدَةٍ» أو «مَعَها واحِدَةٌ» تَقَعُ ثِنتانِ، وفي المَدخُولِ بِها تَقَعُ ثِنْتانِ في الوُجُوهِ كُلِّها. ....

والأصل[1]: أنَّه متى ذَكَر شيئين وأدخل بينهما حرفَ الظَّرف، إنْ قَرَنها بهاء الكناية كان صفةً للمذكور آخِراً، كقوله: «جاءني زيدٌ قبلَهُ عَمروٌ»، وإنْ لم يَقْرِنْها بهاء الكناية كان صفةً للمذكور أوَّلاً، كقوله: «جاءني زيدٌ قبلَ عمروٍ».

وإيقاعُ الطَّلاق في الماضي إيقاعٌ في الحال؛ لأنَّ الإسنادَ ليس في وُسعِه، فالقَبليَّةُ في قوله: «أنتِ طالقٌ واحدةً قبلَ واحدةٍ» صفةٌ للأولى، فَتبِينُ بالأولى فلا تقَعُ الثَّانيةُ، والبَعديَّةُ في قوله: «بعدها واحدة» صفةٌ للأخيرة، فحصلت الإبانةُ بالأولى.

(ولو قال: «أنتِ طالِقٌ واحِدَةً قَبْلَها واحِدَةٌ» تَقَعُ ثِنتانِ)؛ لأنَّ القَبليَّةَ صفَةٌ للثَّانية لاتِّصالها بحرف الكناية، فاقتضى إيقاعَها في الماضي وإيقاعَ الأولى في الحال، غيرَ أنَّ الإيقاع في الماضي إيقاعٌ في الحال أيضاً فيقترنان فيقعان.

(وكذا إذا قال: «أنتِ طالِقٌ واحِدَةً بَعْدَ واحِدَةٍ» يَقَعُ ثِنتانِ)؛ لأنَّ البعديَّة صفةٌ للأولى، فاقتضى إيقاعَ الواحدة في الحال، وإيقاعَ الأخرى قبل هذه، فتقترنان.

(ولو قال: «أنتِ طالِقٌ واحِدَةً مَعَ واحِدَةٍ» أو «مَعَها واحِدَةٌ» تَقَعُ ثِنتانِ)؛ لأنَّ كلمة «مع» للقِران. وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ في قوله: «معها واحدةٌ» أنَّه تقع واحدةٌ؛ لأنَّ الكناية تقتضي سَبْقَ المكنَّى عنه لا مَحالة.

(وفي المَدخُولِ بِها تَقَعُ ثِنْتانِ في الوُجُوهِ كُلِّها)؛ لقيام المَحلِّيَّة بعد وُقوعِ الأولى.

---

[1] أي: والأصل في هذه المسألة أنَّها مبنيَّةٌ على قاعدتين: الأولى: أنَّ الظَّرف إذا قُيِّد بالكناية كان صفةً لما بعده، وإذا لم يُقيَّد كان صفة لما قبله. الثانية: أنَّ الإيقاعَ في الماضي إيقاعٌ في الحال؛ لأنَّ الإسناد ليس في سَعَته.

ولو قال لها: «إنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأنْتِ طالِقٌ واحِدَةً وواحِدَةً» فَدَخَلَتْ، وَقَعَتْ عليها واحِدَةٌ عند أبي حنيفة، وقالا: تَقَعُ ثِنْتانِ. ولو قال لها: «أنتِ طالِقٌ واحِدَةً وَواحِدَةً إنْ دَخَلْتِ الدَّارَ» فَدَخَلَتْ طَلُقَتْ ثِنْتَيْنِ. وأمَّا الضَّرْبُ الثَّاني - وهو الكناياتُ - لا يَقَعُ بها الطَّلاقُ إلَّا بالنِّيَّةِ أو بِدِلالَةِ الحالِ. وهي على ضَرْبَيْنِ: مِنْها ثَلاثَةُ ألفاظٍ يَقَعُ بها الطَّلاقُ الرَّجعيُّ، ولا يَقَعُ بِها إلَّا واحِدَةٌ، ....

(ولو قال لها: «إنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأنْتِ طالِقٌ واحِدَةً وواحِدَةً» فَدَخَلَتْ، وَقَعَتْ عليها واحِدَةٌ عند أبي حنيفة، وقالا: تَقَعُ ثِنْتانِ. ولو قال لها: «أنتِ طالِقٌ واحِدَةً وَواحِدَةً إنْ دَخَلْتِ الدَّارَ» فَدَخَلَتْ طَلُقَتْ ثِنْتَيْنِ) بالاتِّفاقِ.

لهما: أنَّ حرف الواو للجمع المُطلَق، فَتَعلَّقْنَ جُملةً كما إذا نَصَّ على الثِّنتين[1] أو أَخَّرَ الشَّرط.

وله: أنَّ الجمع المُطلَق يَحتمِل القِران والتَّرتيب، فعلى اعتبارِ الأوَّل تقعُ ثِنتان، وعلى اعتبار الثَّاني لا تقع إلَّا واحدةٌ، كما إذا نجَّزَ بهذه اللَّفظة، فلا يَقعُ الزَّائدُ على الواحدة بالشَّكِّ، بخلاف ما إذا أخَّر الشَّرطَ لأنَّه مُغيِّرٌ صَدْرَ الكلامِ فيتوقَّفُ الأوَّل عليه فَيَقعْنَ جملةً، ولا مُغيِّر فيما إذا قَدَّم الشَّرط فلم يَتوقَّف.

ولو عَطَف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ، وذكر الفقيهُ أبو ليث أنَّه يقع واحدةٌ بالاتِّفاق؛ لأنَّ الفاء للتَّعقيب، وهو الأصحُّ.

الطلاق بألفاظ الكناية

(وأمَّا الضَّربُ الثَّاني، وهو الكناياتُ، لا يَقَعُ بها الطَّلاقُ إلَّا بِالنِّيَّةِ أو بِدِلالَةِ الحالِ)؛ لأنَّها غيرُ موضوعةٍ للطَّلاق، بل تَحتمِلُه وغيرَهُ، فلا بدَّ من التَّعيين أو دِلالته.

قال: **(وهي على ضَرْبَينِ: مِنها ثَلاثَةُ ألفاظٍ يَقَعُ بها الطَّلاقُ الرَّجعيُّ، ولا يَقَعُ بِها إلَّا واحِدَةٌ، وهي قَولُهُ: اعتدِّي، واسْتَبرِئي رَحِمَكِ، وأنتِ واحِدَةٌ)**.

---

(١) في المطبوع ونسخة (أ) «الثلاث»، والمثبت من (ج) ولعله الأنسب لسياق الكلام.

وهي قَولُهُ: «اعتَدِّي، واسْتَبْرِئي رَحِمَكِ، وأنتِ واحِدَةٌ»، وبَقِيَّةُ الكناياتِ إذا نَوى بِها الطَّلاقَ كانَتْ واحِدَةً بائِنَةً، وإنْ نوى ثَلاثاً كانَتْ ثَلاثاً، وإنْ نَوَى ثِنْتَينِ كانتْ واحِدَةً بائِنَةً، وهذا مِثلُ قَولِهِ: «أنتِ بائِنٌ، وبَتَّةٌ، وبَتْلَةٌ، وحَرامٌ، وحَبْلُكِ على غارِبِكِ، والحَقِي بِأهْلِكِ، وخَلِيَّةٌ، وبَرِيَّةٌ، ووَهَبْتُكِ لأهلِكِ، وسَرَّحْتُكِ، وفارَقْتُكِ، وأمرُكِ بِيَدِكِ، واختاري، وأنتِ حُرَّةٌ، وتَقَنَّعِي، وتَخَمَّرِي، واسْتَتِرِي، واغرُبِي،

أمَّا الأولى: فلأنَّها تَحتمِل الاعتدادَ عن النِّكاح، وتَحتمِل اعتدادَ نِعَم الله تعالى، فإن نوى الأوَّلَ تَعيَّن بنيَّتِه فيَقتضي طلاقاً سابقاً، والطَّلاقُ يُعقِب الرَّجعةَ.

وأمَّا الثَّانية: فلأنَّها تُستعمَل بمعنى الاعتداد؛ لأنَّه تصريحٌ بما هو المقصودُ منه فكان بمنزلته، وتَحتمِل الاستبراءَ لِيُطلِّقها.

وأمَّا الثَّالثةُ: فلأنَّها تَحتمِل أن تكون نَعتاً لِمَصدر محذوفٍ، معناه: «تطليقةً واحدةً»، فإذا نواه جُعِل كأنَّه قاله، والطَّلاقُ يُعقِب الرَّجعة. ويَحتمِل غيره وهو أن تكون واحدةً عنده أو عند قومِهِ.

ولمَّا احتملت هذه الألفاظُ الطَّلاقَ وغيرَهُ تحتاجُ فيه إلى النِّيَّة. ولا تقعُ إلَّا واحدةً؛ لأنَّ قوله: «أنت طالقٌ» فيها مُقتَضًى أو مُضمَر، ولو كان مُظهَراً لا تقعُ بها إلَّا واحدةٌ، فإذا كان مُضمَراً أولى. وفي قوله: «واحدة» وإن صار المصدرُ مذكوراً، لكن التَّنصيصُ على الواحدة ينافي نيَّةَ الثَّلاثِ. ولا مُعتَبَر بإعراب الواحدة عند عامَّة المشايخ، وهو الصَّحيح؛ لأنَّ العوامَّ لا يُميِّزون بين وجوه الإعراب.

قال: (وبَقِيَّةُ الكناياتِ إذا نَوى بِها الطَّلاقَ كانَتْ واحِدَةً بائِنَةً، وإنْ نوى ثَلاثاً كانَتْ ثَلاثاً، وإنْ نَوَى ثِنْتَينِ كانتْ واحِدَةً بائِنَةً، وهذا مِثلُ قَولِهِ: «أنتِ بائِنٌ، وبَتَّةٌ، وبَتْلَةٌ، وحَرامٌ، وحَبْلُكِ على غارِبِكِ، والحَقِي بِأهْلِكِ، وخَلِيَّةٌ، وبَرِيَّةٌ، ووَهَبْتُكِ لأهلِكِ، وسَرَّحْتُكِ، وفارَقْتُكِ، وأمرُكِ بِيَدِكِ، واختاري، وأنتِ حُرَّةٌ، وتَقَنَّعِي، وتَخَمَّرِي، واسْتَتِرِي، واغرُبِي، ....

واخْرُجِي، واذْهَبِي، وقُومِي، وابْتَغِي الأَزْوَاجَ»، إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي حالِ مُذَاكَرَةِ الطَّلاقِ، فَيَقَعُ بِها الطَّلاقُ فِي القَضاءِ ولا يَقَعُ فيما بَيْنَهُ وبَيْنَ اللهِ تعالى إِلَّا أَنْ يَنْوِيَهُ، ....

واخْرُجِي، واذْهَبِي، وقُومِي، وابْتَغِي الأَزْوَاجَ)؛ لأنَّها تَحتمِل الطَّلاق وغَيرَه فلا بدَّ من النِّيَّة.

قال: (إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي حالِ مُذاكَرَةِ الطَّلاقِ، فَيَقَعُ بِها الطَّلاقُ في القَضاءِ ولا يَقَعُ فيما بَيْنَهُ وبَيْنَ اللهِ تعالى إِلَّا أنْ يَنْوِيَهُ).

قال رضي الله عنه: سَوَّى بَيْنَ هذهِ الألفاظِ، وقال: ولا يُصدَّقُ في القَضاءِ إذا كانَ في حالِ مُذاكَرَةِ الطَّلاقِ. قالوا: وهذا فِيما لا يَصْلُحُ رَدّاً، والجملةُ في ذلك: أنَّ الأحوال ثلاثةٌ: حالةٌ مُطلَقةٌ وهي حالةُ الرِّضا، وحالةُ مُذاكَرةِ الطَّلاق، وحالةُ الغَضَب.

والكناياتُ ثلاثةُ أقسام: ما يَصلُح جواباً وردّاً[1]، وما يَصلُح جواباً لا ردّاً[2]، وما يَصلُح جواباً وسبّاً وشتيمةً.

- ففي حالةِ الرِّضا لا يكون شيءٌ منها طلاقاً إلَّا بالنِّيَّة، فالقولُ قولُهُ في إنكار النِّيَّة لِما قُلنا.

- وفي حالة مُذاكرةِ الطَّلاق لم يُصدَّق فيما يَصلُحُ جواباً ولا يَصلُح ردّاً في القضاء، مِثلُ قولِهِ: «خَليَّةٌ، بريَّة، بائنٌ، بَتَّة، حرامٌ، اعتدِّي، أمرُكِ بيدِكِ،

---

(١) وهو سبعة: «اخرجي، اذهبي، اغربي، قومي، تقنَّعي، استتري، تخمَّري»، أمَّا صلاحيةُ هذه الألفاظِ للرَّدِّ فأنْ يُريدَ الزَّوجُ بقوله: «اخرجي» اتركي سؤالَ الطَّلاقِ، وكذلك اذهبي واغربي وقومي. وأمَّا «تقنَّعي» فمن القَناعة، وقيل: من القِناع وهو الخمار، ومعنى الرَّدِّ فيه هو أن ينوي واقنعي بما رزقكِ اللهُ منِّي مِن أمرِ المعيشةِ، واتركي سؤالَ الطَّلاق، واشتغلي بالتَّقنُّع الذي هو أهمُّ لك من سؤال الطَّلاق، وكذا قوله: «استتري، وتخمَّري» لأنَّهما من السَّتر والخمار. عناية.

(٢) وهو ثمانية ألفاظ، وهي: «خليَّةٌ، بريَّةٌ، بائنٌ، بتَّةٌ، حرامٌ، اعتدِّي، أمركِ بيدكِ، اختاري». عناية.

اختاري»؛ لأنَّ الظَّاهر أنَّ مُرادَه الطَّلاقُ عند سؤال الطَّلاق، ويُصدَّق فيما يصلُحُ جواباً وردّاً مِثلُ قوله: «اذهبي، اُخرُجي، قومي، تَقنَّعي، تَخمَّري»، وما يَجرى هذا المجرَى؛ لأنَّه يحتمل الرَّدَّ، وهو الأدنى فَحُمِل عليه.

- وفي حالة الغضب يُصدَّقُ في جميع ذلك؛ لاحتمال الرَّدِّ والسَّبِّ إلَّا فيما يَصلُح للطَّلاق ولا يَصلُح للرَّدِّ والشَّتم، كقوله: «اعتدِّي، واختاري، وأمْرُكِ بيدِكِ» فإنَّه لا يُصدَّق فيها؛ لأنَّ الغضب يدلُّ على إرادة الطَّلاق.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ في قوله: «لا مِلكَ لي عليكِ، ولا سَبيلَ لي عليكِ، وخَلَّيتُ سبيلَكِ، وفارقتُكِ» أنَّه يُصدَّق في حالة الغَضَب لِما فيها من احتمال معنى السَّبِّ.

ثمَّ وُقوعُ البائنِ بما سوى الثَّلاثة الأُوَل مَذهبُنا، وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ[1]: يقع بها رجعيٌّ؛ لأنَّ الواقع بها طلاقٌ؛ لأنَّها كناياتٌ عن الطَّلاق، ولهذا تُشترط النِّيَّة ويَنتَقِصُ به العددُ، والطَّلاقُ مُعقِبٌ للرَّجعة كالصَّريح.

ولنا: أنَّ تَصرُّفَ الإبانةِ صَدَر من أهلِهِ مُضافاً إلى محلِّه عن ولايةٍ شرعيَّةٍ، ولا خفاءَ في الأهليَّة والمَحليَّةِ، والدَّلالةُ على الولاية أنَّ الحاجةَ ماسَّةٌ إلى إثباتها كيلا ينسدَّ عليه بابُ التَّدارك[2]، ....

---

(١) قال الماوردي في الحاوي (١٠/ ١٦٠): قال الشافعي في كتاب الرجعة: كلُّ ما يُشبِه الطَّلاقَ فهو كناية، والكنايات ضربان: ظاهرةٌ وباطنة.
- فالظاهرةُ ستَّة ألفاظ: بتَّةٌ، وخليَّةٌ، وبريَّةٌ، وبائنٌ، وبتلَةٌ، وحرامٌ.
- والباطنة: اعتدِّي، واذهبي، والحقي بأهلِكِ، وحَبلُكِ على غاربِكِ، ولا حاجةَ لي فيك، وانكحي من شئتِ، واستبرئي، وتقنَّعي، وقومي، واخرجي، وتجرَّعي، وذوقي، وكلي واشربي، واختاري، وما أشبه ذلك.
وحكمُ الظَّاهرةِ والباطنةِ عندنا واحد، فإن اقترن بالنِّيَّةِ وقع به الطَّلاقُ، وإن تجرَّد عنها لم يقع.

(٢) معناه: أنَّ الرَّجل قد يكون نافراً عن المرأة جدّاً بسبب من الأسباب، فَيُريد فِراقَها على وجهٍ لا يحلُّ له الرُّجوع، ثمَّ يبدو له، فلو لم يُوجَد الواحِدُ البائنُ لَطلَّقها ثلاثاً ولا يرضى بالاستحلال، فينسدُّ عليه باب التَّدارك، وأمَّا إذا وجد ذلك فيتدارك بتجديد النِّكاح. عناية بتصرف.

ولا تَصِحُّ نِيَّةُ الثِّنتَينِ عندنا، خِلافاً لزفر. ....

ولا يَقَعَ في عُهدتها بالمراجَعَةِ من غيرِ قَصدٍ[١].

وليست بكناياتٍ على التَّحقيق[٢]؛ لأنَّها عواملُ في حقائقها.

والشَّرطُ تعيينُ أحدِ نَوعَي البَينونةِ دونَ الطَّلاق[٣].

وانقاصُ العددِ[٤] لِثُبوت الطَّلاق بناءً على زوال الوُصلة.

وإنَّما تصحُّ نيَّةُ الثَّلاث فيها[٥]؛ لتنوُّع البينونةِ إلى غَليظةٍ وخفيفةٍ، وعند انعدامِ النِّيَّة يَثبُت الأدنى.

(ولا تَصِحُّ نِيَّةُ الثِّنتَينِ عندنا، خِلافاً لزفر)؛ لأنَّه عددٌ وقد بيَّنَّاه من قبلُ[٦].

---

(١) وذلك لأنَّه لولم تقعِ البينونةُ عند نيَّته، عسى تُوقِع المرأةُ عليه نَفْسَها وتُقبِّلُه بشهوةٍ، فثبتت الرَّجعةُ والزَّوجُ يُريد فراقَها. عناية بتصرف.

(٢) جواب عن قوله: «لأنَّها كنايات عن الطَّلاق». وتقريره: أنَّ الكناية عن الطَّلاق الصَّريح إنَّما تكون كالصَّريح في العمل أنْ لو كانت حقيقة، وليست كذلك لأنَّها عواملُ في حقائقها.

(٣) جواب عن قوله: «ولهذا يشترط النِّيَّة». وتقريره: أنَّ اشتراط النِّيَّة لو كان لأجل الطَّلاق كان دليلاً على ما ذكرتم، وليس كذلك، بل هو لتعيين أحدِ نَوْعي البينونة الغليظة والخفيفة، لا للطَّلاق، يعني: النِّيَّةُ شرطٌ للطَّلاق البائن لا للطَّلاق المجرَّد.

(٤) جوابٌ عن قوله: «وينتقص به العدد». وتقريره: أنَّ الطَّلاق البائنَ يُزيل الوُصلةَ، وكلُّ ما هو كذلك ينتقص به العدد، وتحقيقُه أنَّهُ لا مُنافاة بين نقصِ العددِ والطَّلاقِ البائنِ، فكان النَّقصُ من حيث كونُهُ طلاقاً بائناً. عناية.

(٥) جوابٌ عمَّا يقال: لو كانت عواملَ في حقائقها لَمَا صَحَّ نيَّةُ الثَّلاث في قوله: أنت بائنٌ مثلاً، كما لا تصحُّ في قوله: «أنت طالقٌ»؛ لأنَّه عامل بنفسه. وتقريره: صحَّةُ نيَّةِ الثَّلاث لم تكن من حيث إنَّه عاملٌ في حقيقته، بل من حيث تَنوُّعُ البينونة إلى غليظةٍ وخفيفةٍ، وعند انعدام النِّيَّة يثبت الأدنى، وهو الواحد البائن.

(٦) يعني: في أوائل باب إيقاع الطَّلاق، وهو قوله: «ونحن نقول: نيَّةُ الثَّلاث إنَّما صحَّت لكونها جنساً ...» انظر ص (١٢٢).

وإنْ قال لها: «اِعتَدِّي اِعتَدِّي اِعتدِّي»، وقال: «نَوَيتُ بِالأُولى طَلاقاً، وبالباقي حَيضَاً» دُيِّنَ في القَضاءِ، وإنْ قال: «لم أنْوِ بالباقي شَيئاً» فَهِي ثَلاثٌ .

(وإنْ قال لها: «اِعتَدِّي اِعتَدِّي اِعتدِّي» وقال: «نَوَيتُ بِالأُولى طَلاقاً، وبالباقي حَيضَاً» دُيِّنَ في القَضاءِ)؛ لأنَّه نوى حقيقة كلامِهِ، ولأنَّه يأمر امرأتَهُ في العادةِ بالاعتدادِ بعد الطَّلاقِ، فكان الظَّاهرُ شاهداً له.

(وإنْ قال: «لم أنْوِ بالباقي شَيئاً» فَهِي ثَلاثٌ)؛ لأنَّه لمَّا نوى بالأولى الطَّلاقَ صار الحالُ حالَ مُذاكَرةِ الطَّلاق، فتعيَّن الباقيان للطَّلاق بهذه الدلالة، فلا يُصدَّق في نفي النِّيَّة.

بخلاف ما إذا قال: «لم أنوِ بالكلِّ الطَّلاق» حيثُ لا يقع شيءٌ؛ لأنَّه لا ظاهر يُكذِّبه.

وبخلاف ما إذا قال: «نويتُ بالثَّالثة الطَّلاق دونَ الأُولَيَينِ» حيث لا يقعُ إلَّا واحدةٌ؛ لأنَّ الحالَ عند الأُولَيَينِ لم تكنْ حالَ مُذاكَرةِ الطَّلاقِ.

وفي كلِّ موضعٍ يُصَدَّق الزَّوج على نفي النِّيَّة، إنَّما يُصدَّق مع اليمين؛ لأنَّه أمينٌ في الإخبار عمَّا في ضميره، والقولُ قولُ الأمين مع اليمين.

باب تفويض الطلاق

فصل في الاختيار

وإذا قال لامرأتِهِ: «اِختارِي» يَنوِي بذلكَ الطَّلاقَ، أو قال لها: «طَلِّقِي نَفْسَكِ» فَلَها أنْ تُطَلِّقَ نَفْسَها ما دامَتْ في مَجْلِسِها ذلكَ، فإنْ قامَتْ منهُ، أو أخَذَتْ في عَمَلٍ آخَرَ خَرَجَ الأمرُ مِنْ يَدِها، ....

(باب تفويض الطلاق)

(فصل في الاختيار)

(وإذا قال لامرأتِهِ: «اِختارِي» يَنوِي بذلكَ الطَّلاقَ، أو قال لها: «طَلِّقِي نَفْسَكِ» فَلَها أنْ تُطَلِّقَ نَفْسَها ما دامَتْ في مَجْلِسِها ذلكَ، فإنْ قامَتْ منهُ، أو أخَذَتْ في عَمَلٍ آخَرَ خَرَجَ الأمرُ مِنْ يَدِها)؛ لأنَّ المُخيَّرَةَ لها المجلسُ بإجماع الصَّحابة رضي الله عنهم أجمعين[1]، ولأنَّه تمليكُ الفعل منها، والتَّمليكاتُ تقتضي جواباً في المجلس - كما في البيع - لأنَّ ساعاتِ المجلس اعتُبِرَت ساعةً واحدةً، إلَّا أنَّ المجلس تارةً يتبدَّل بالذَّهاب عنه، وتارةً بالاشتغال بعملٍ آخَرَ، إذْ مجلِسُ الأكلِ غيرُ مَجلِس المناظَرَة، ومَجلِسُ القتال غيرُهما.

---

(١) قال الزيلعي (٣/ ٢٢٩): فيه عن ابن مسعود، وجابر، وعمر، وعثمان، وعبد الله بن عمرو بن العاص.
- فحديث ابن مسعود رواه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب الطلاق، باب: تفويض الطلاق (١١٩٢٩) عن ابن مسعود قال: «إذا ملَّكها أمرَها، فتفرقا قبلَ أن تقضيَ شيئاً فلا أمرَ لها».
- وحديث جابر: رواه عبد الرزاق أيضاً في الطلاق، باب: الخيار والتمليك ما كانا في مجلسهما (١١٩٣٥) عن جابر بن عبد الله قال: إن خيَّرَ رجلٌ امرأتَهَ فلم تَقُلْ شيئاً حتَّى تقومَ، فليس بشيء.
- وحديث عمر وعثمان رواه عبد الرزاق في الطلاق، باب: الخيار والتمليك ما كانا في مجلسهما (١١٩٣٨) عن عبد الله بن عمرو أنَّ عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان كانا يقولان: إذا خَيَّرَ الرَّجلُ امرأتَهُ أو مَلَّكها، وافترقا من ذلك المجلس ولم يَحلِفْ شيئاً، فأمرُها إلى زوجها.

وَيَبْطُلُ خِيارُها بِمُجَرَّدِ القيام. فإنِ اختارَتْ نَفْسَها في قَولِهِ: «اختاري» كانت واحِدَةً بائِنَةً، ولا يَكُونُ ثَلاثاً وإنْ نَوى الزَّوجُ ذلكَ، ولا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ النَّفسِ في كَلامِهِ أو في كلامِها، حتَّى لو قال لها: «اختارِي»، فقالت: «قَدِ اخترْتُ» فَهُو باطِلٌ، ولو قال لها: «اختارِي نَفْسَكِ»، فقالت: «اخترْتُ» تَقَعُ واحِدَةً بائِنَةً، ....

(وَيَبْطُلُ خِيارُها بِمُجَرَّدِ القيامِ)؛ لأنَّه دليلُ الإعراضِ، بخلافِ الصَّرفِ والسَّلَمِ؛ لأنَّ المُفسِدَ هناك الافتراقُ من غيرِ قَبضٍ.

ثمَّ لا بدَّ من النِّيَّة في قوله: «اختاري»؛ لأنَّه يَحتمِلُ تَخييرَها في نفسِها، ويَحتمِلُ تخييرَها في تَصرُّفٍ آخَرَ غيرِهِ، (فإنِ اختارَتْ نَفْسَها في قَولِهِ: «اختاري» كانت واحِدَةً بائِنَةً)، والقياسُ أنْ لا يقعَ بهذا شيءٌ وإنِ نوى الزَّوجُ الطَّلاقَ؛ لأنَّه لا يَملِكُ الإيقاعَ بهذا اللَّفظِ، فلا يَملِكُ التَّفويضَ إلى غيره، إلَّا أنَّا استحسناه لإجماع الصَّحابةِ ﷺ، ولأنَّه بِسَبيلٍ مِنْ أن يَستدِيم نكاحَها أو يُفارِقَها، فَيملِكُ إقامَتَها مُقامَ نفسِهِ في حقِّ هذا الحكمِ.

ثمَّ الواقعُ بها بائنٌ لأنَّ اختيارَها نَفْسَها بِثُبوتِ اختصاصِها بها، وذلك في البائن، (ولا يَكُونُ ثَلاثاً وإنْ نَوى الزَّوجُ ذلكَ)؛ لأنَّ الاختيارَ لا يَتنوَّعُ، بخلافِ الإبانةِ؛ لأنَّ البينونةَ قد تتنوَّعُ.

قال: (ولا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ النَّفسِ في كَلامِهِ أو في كلامِها، حتَّى لو قال لها: «اختارِي»، فقالت: «قَدِ اخترْتُ» فَهُو باطِلٌ)؛ لأنَّه عُرِف بالإجماع، وهو[1] في المفسَّرةِ من أحد الجانبين، ولأنَّ المُبهَمَ لا يَصلُح تفسيراً للمُبهَمِ الآخَر، ولا تَعيينَ مع الإبهام.

(ولو قال لها: «اختارِي نَفْسَكِ»، فقالت: «اخترْتُ» تَقَعُ واحِدَةٌ بائِنَةٌ)؛ لأنَّ كلامَهُ مُفسَّرٌ، وكلامَها خَرَج جواباً له، فيتضمَّنُ إعادَتَه[2].

---

(١) أي: الإجماع منعقد في المفسرة.

(٢) أي: يتضمَّنُ إعادةَ كلامِهِ، فكأنَّها قالت: «اخترتُ ما أمرتني باختياره» وهو النَّفس.

وكذا لو قال: «اختارِي اختِيارَةً»، فقالت: «اخترْتُ». ولو قال: «اِختاري»، فقالت: «قَدِ اخْتَرْتُ نَفْسِي» يَقَعُ الطَّلاقَ إذ نَوَى الزَّوجُ. ولو قال: «اختاري»، فقالت: «أنا أختارُ نَفسِي»، فَهِي طالِقٌ. ....

(وكذا لو قال: «اختارِي اختِيارَةً»، فقالت: «اخترْتُ»)؛ لأنَّ الهاء في الاختيارة تُنبئ عن الاتِّحاد والانفرادِ، واختيارُها نَفسَها هو الذي يتَّحدُ مرَّةً ويتعدَّدُ أخرى[١]، فصار مُفسَّراً من جانبه.

(ولو قال: «اِختاري»، فقالت: «قَدِ اخْتَرْتُ نَفْسِي» يَقَعُ الطَّلاقَ إذ نَوَى الزَّوجُ)؛ لأنَّ كلامَها مُفسَّرٌ، وما نواه الزَّوجُ مِنْ مُحتَمَلاتِ كلامِهِ.

(ولو قال: «اختاري»، فقالت: «أنا أختارُ نَفسِي»، فَهِي طالِقٌ)، والقياسُ أنْ لا تَطلُقَ؛ لأنَّ هذا مُجرَّدُ وَعدٍ أو يَحتَمِلُه، فصار كما إذا قال لها: «طلِّقي نفسَكِ»، فقالت: «أنا أطلِّق نفسي».

وجهُ الاستحسان حديثُ عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا، فإنَّها قالت: «لا، بل أختارُ الله ورسوله[٢]»، اعتبَرَهُ النَّبيُّ ﷺ جواباً منها، ولأنَّ هذه الصِّيغةَ حقيقةٌ في الحال، وتَجوزُ في الاستقبالِ كما في كلمةِ الشَّهادة وأداءِ الشَّاهدِ الشَّهادةَ[٣].

---

(١) اتِّحادُه مرَّة بأن يقول لها: «اختاري نفسَكِ بتطليقة»، وتعدُّده بأن يقول لها: «اختاري نفسَكِ بما شِئتِ، أو بثلاث».

(٢) أخرج البخاري في التفسير، باب: سورة الأحزاب (٤٥٠٨)، ومسلم في الطلاق، باب: بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقا إلا بالنية (١٤٧٥) عن عائشة زوج النَّبيِّ ﷺ قالت: لَمَّا أُمِر رسولُ الله ﷺ بِتَخييرِ أزواجِهِ بدأ بي فقال: «إنِّي ذاكرٌ لكِ أمراً، فلا عليك أنْ لا تَعجلِي حتَّى تَستأمري أبويك»، قالت: وقد عَلِمَ أنَّ أبوَيَّ لم يكونا يأمراني بِفِراقِهِ، قالت: ثمَّ قال: «إنَّ اللهَ جلَّ ثناؤه قال ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا وَزِينَتَهَا﴾ [الأحزاب: ٢٨] - إلى - ﴿أَجْرًا عَظِيمًا﴾ [النِّساء: ٧٤]»، قالت: فقلت: ففي أيِّ هذا أستأمِرُ أبوَيَّ، فإنِّي أريدُ اللهَ ورسولَهُ والدَّارَ الآخرةَ. قالت: ثمَّ فعَلَ أزواجُ النَّبيِّ ﷺ مِثلَ ما فعلتُ.

(٣) فإنَّ الرَّجل إذا قال: «أشهد أنْ لا إله إلَّا الله وأشهدُ أنَّ محمَّداً عبدُهُ ورسوله» يُعتَبَر ذلك منه إيماناً لا وَعْداً بالإيمان، وكذا الشَّاهدُ إذا قال: أشهَدُ بكذا، فلا يصير إلى المجاز.

ولو قال لها: «اِختارِي، اِختارِي، اِختارِي»، فقالت: «قَدِ اختَرْتُ الأُولَى» أو «الوُسْطَى» أو «الأخيرَةَ»، طَلُقَتْ ثَلاثاً في قَولِ أبي حنيفة، ولا يَحتاجُ إلى نِيَّةِ الزَّوجِ، وقالا: تَطلُقُ واحِدَةً. ولو قالت: «اِختَرتُ اختيارَةً»، فَهِي ثَلاثٌ في قَولِهِمْ جَمِيعاً، ولو قالتْ: «قَدْ طَلَّقْتُ نَفسِي»، أوِ «اخْتَرْتُ نَفسِي بِتَطلِيقَةٍ»، فَهِيَ واحِدَةٌ يَملِكُ الرَّجعَةَ. ....

بخلاف قولِها: «أُطلِّقُ نفسي»؛ لأنَّه تَعذَّرَ حَملُه على الحالِ؛ لأنه ليس بحكايةٍ عن حالةٍ قائمةٍ، ولا كذلك قولها: «أنا أختار نفسي»؛ لأنَّه حكايةٌ عن حالةٍ قائمةٍ، وهو اختيارُها نفسَها.

(ولو قال لها: «اِختارِي، اِختارِي، اِختارِي»، فقالت: «قَدِ اختَرْتُ الأُولَى، أو الوُسْطَى، أو الأخيرَةَ»، طَلُقَتْ ثَلاثاً في قَولِ أبي حنيفة، ولا يَحتاجُ إلى نِيَّةِ الزَّوجِ. وقالا: تَطلُقُ واحِدَةً).

وإنَّما لا يحتاجُ إلى نيَّة الزَّوجِ لِدِلالة التَّكرارِ عليه؛ إذ الاختيارُ في حقِّ الطَّلاقِ هو الذي يتكرَّرُ.

لهما: أنَّ ذِكرَ الأُولى وما يَجري مَجراهُ إن كان لا يُفيد من حيثُ التَّرتيبُ يُفيدُ من حيث الإفرادُ، فَيُعتَبَر فيما يفيد.

وله: أنَّ هذا وصفٌ لُغوٌ؛ لأنَّ المجتَمِعَ في المِلكِ لا ترتيبَ فيه كالمُجتَمِعِ في المكان، والكلامُ للتَّرتيبِ، والإفرادُ من ضروراته، فإذا لَغَا في حقِّ الأصلِ لَغَا في حقِّ البِناء.

(ولو قالت: «اِختَرتُ اختيارَةً»، فَهِي ثَلاثٌ في قَولِهِمْ جَمِيعاً)؛ لأنَّها للمرَّة فصار كما إذا صرَّحت بها، ولأنَّ الاختيارةَ للتَّأكيد، وبدون التَّأكيدِ تقعُ الثَّلاثُ، فَمَع التَّأكيدِ أولى.

(ولو قالتْ: «قَدْ طَلَّقْتُ نَفسِي»، أوِ «اخْتَرْتُ نَفسِي بِتَطلِيقَةٍ»، فَهِيَ واحِدَةٌ يَملِكُ الرَّجعَةَ)؛ ....

وإنْ قال لها: «أَمرُكِ بِيَدِكِ في تَطليقَةٍ»، أو «اختاري تَطليقَةً»، فَاختارَتْ نَفْسَها، فَهِيَ واحِدَةٌ بِملكِ الرَّجعَةِ.

فصل في الأمر باليد

وإنْ قال لها: «أَمرُكِ بِيَدِكِ» يِنْوِي ثَلاثاً، فقالت: «قَدِ اخْتَرْتُ نَفسِي بِواحِدَةٍ»، فَهِيَ ثَلاثٌ، ولو قالت: «قَدْ طَلَّقتُ نَفسِي بِواحِدَةٍ»، أوِ «اختَرْتُ نَفسِي بِتَطليقَةٍ»، فَهِي واحِدَةٌ بائِنَةٌ. ....

لأنَّ هذا اللَّفظ[1] يُوجِبُ الانطلاقَ بعد انقضاءِ العِدَّة[2]، فكأنَّها اختارت نفسَها بعد العِدَّة.

(وإنْ قال لها: «أَمرُكِ بِيَدِكِ في تَطليقَةٍ»، أو «اختاري تَطليقَةً»، فَاختارَتْ نَفْسَها، فَهِيَ واحِدَةٌ بِملكِ الرَّجعَةِ)؛ لأنَّه جَعَلَ لها الاختيارَ لكن بتطليقةٍ، وهي مُعقِبةٌ للرَّجعة بالنَّصِّ.

(فصل في الأمر باليد)

(وإنْ قال لها: «أَمرُكِ بِيَدِكِ» يِنْوِي ثَلاثاً، فقالت: «قَدِ اخْتَرْتُ نَفسِي بِواحِدَةٍ»، فَهِيَ ثَلاثٌ)؛ لأنَّ الاختيارَ يَصلُح جواباً للأمرِ باليدِ؛ لكونه تَمليكاً كالتَّخيير. والواحدةُ صفةٌ للاختيارة، فصار كأنَّها قالت: «اخترتُ نفسي بمرَّةٍ واحدةٍ» وبذلك يقعُ الثَّلاث.

(ولو قالت: «قَدْ طَلَّقتُ نَفسِي بِواحِدَةٍ»، أوِ «اختَرْتُ نَفسِي بِتَطليقَةٍ»، فَهِي واحِدَةٌ بائِنَةٌ)؛ لأنَّ الواحدةَ نعتٌ لِمَصدرٍ محذوفٍ، وهو في الأُولى الاختيارةُ، وفي الثَّانية التَّطليقةُ، إلَّا أنَّها تكونُ بائنةً؛ لأنَّ التَّفويضَ في البائنِ ضرورةُ مِلكِها أمرها، وكلامُها خرج جواباً له، فتصير الصِّفةُ المذكورةُ في التَّفويضِ مَذكورةً في الإيقاع.

---

(١) يعني: قولها «قد طلَّقت نفسي، أو اخترتُ بتطليقة». عناية.

(٢) أي: يوجِبُ البينونةَ بعدَ انقضاءِ العدَّة؛ لكونه من ألفاظ الصَّريح، وما يُوجِب البينونةَ بعد انقضاءِ العدَّة كان عند الوقوع رجعيّاً، فهذا اللَّفظُ يُوجِب الرَّجعيَّ. عناية.

ولو قال لها: «أمرُكِ بِيَدِكِ اليومَ وبَعْدَ غَدٍ» لم يَدْخُلْ فيه اللَّيلُ، وإنْ رَدَّتِ الأمْرَ في يَومِها بَطَلَ أَمرُ ذلكَ اليومِ، وكانَ الأمرُ بِيَدِها بَعْدَ غَدٍ. ولو قال: «أمرُكِ بِيَدِكِ اليومَ وَغَداً» يَدخُلُ اللَّيلُ في ذلكَ، فإنْ رَدَّتِ الأمرَ في يَومِها لا يَبْقَى الأمرُ في يَدِها في غَدٍ. ....

وإنَّما تصحُّ نيَّةُ الثَّلاثِ في قوله: «أمرُكِ بيدكِ»؛ لأنَّه يَحتمِلُ العمومَ والخصوصَ، ونيَّةُ الثَّلاثِ نيَّةُ التَّعميم، بخلاف قوله: «اختاري» لأنَّه لا يَحتمِلُ العمومَ، وقد حقَّقناه من قبلُ[1].

(ولو قال لها: «أمرُكِ بِيَدِكِ اليومَ وبَعْدَ غَدٍ» لم يَدْخُلْ فيه اللَّيلُ، وإنْ رَدَّتِ الأمْرَ في يَومِها بَطَلَ أَمرُ ذلكَ اليومِ، وكانَ الأمرُ بِيَدِها بَعْدَ غَدٍ)؛ لأنَّه صريحٌ بِذِكْرِ وَقتَينِ بينهما وقتٌ من جِنْسِهما لم يَتناوَلْه الأمرُ؛ إذْ ذِكرُ اليومِ بعبارةِ الفَردِ لا يتناولُ اللَّيلَ، فكانا أمرين، فبردِّ أحَدِهما لا يَرتدُّ الآخرُ.

وقال زفر رَحِمَهُ اللَّهُ: هما أمرٌ واحدٌ بمنزلة قولِهِ: «أنتِ طالقٌ اليومَ وبعدَ غدٍ».

قلنا: الطَّلاق لا يَحتمِلُ التَّأقيتَ، والأمرُ باليد يَحتَمِلُه، فيوقَّتُ الأمرُ بالأوَّلِ ويُجعَلُ الثَّاني أمراً مُبتدأً.

(ولو قال: «أمرُكِ بِيَدِكِ اليومَ وَغَداً» يَدخُلُ اللَّيلُ في ذلكَ، فإنْ رَدَّتِ الأمرَ في يَومِها لا يَبْقَى الأمرُ في يَدِها في غَدٍ)؛ لأنَّ هذا أمرٌ واحدٌ؛ لأنَّه لم يَتخلَّل بينَ الوقتينِ المذكورينِ وقتٌ من جِنسِهما لم يتناوله الكلامُ، وقد يَهجُمُ اللَّيلُ ومجلسُ المَشورةِ لا يَنقطعُ، فصارَ كما إذا قال: «أمرُكِ بيدكِ في يومين».

وعن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّها إذا ردَّتِ الأمرَ في اليومِ، لها أن تختارَ نفسَها غداً؛ لأنَّها لا تَملِكُ ردَّ الأمرِ كما لا تَملِكُ رَدَّ الإيقاعِ[2].

---

(١) يعني: في فصلِ الاختيارِ بقوله: «لأنَّ الاختيارَ لا يَتنوَّع»، انظر ص (١٤٩).

(٢) معناه: ليس للمرأة أن تَرُدَّ الأمرَ باليد الذي صَدَر من زوجِها، بأن تقول: «لا أقبلُ» كما أنَّه ليس لها أن تردَّ الإيقاعَ الذي أوقَعَه زوجُها عليها بقوله: «أنت طالق»، وإذا كان كذلك كان الأمرُ باقياً في الغدِ كما كان، وكان لها أن تختارَ نفسَهَا غداً. عناية.

وإنْ قال: «أمرُكِ بِيَدِكِ يَومَ يَقدُمُ فُلانٌ»، فَقَدِمَ فُلانٌ ولم تَعْلَمْ بِقُدومِهِ حَتَّى جَنَّ اللَّيلُ، فلا خِيارَ لها. وإذا جَعَلَ أمْرَها بِيَدِها، أو خَيَّرَها فَمَكَثَتْ يوماً لم تَقُمْ، فَالأمرُ في يَدِها ما لم تَأخُذْ في عَمَلٍ آخَرَ، ثُمَّ إذا كانَتْ تَسْمَعُ يُعتَبَرُ مَجْلِسُها ذلكَ، وإنْ كانَتْ لا تَسْمَعُ فَمَجْلِسُ عِلْمِها وبُلُوغِ الخَبَرِ إليها، ....

وجهُ الظَّاهر: أنَّها إذا اختارت نَفْسَها اليومَ لا يبقى لها الخيارُ في الغد، فكذا إذا اختارتْ زَوْجَها بردِّ الأمرِ؛ لأنَّ المُخيَّرَ بين الشَّيئين لا يَملِكُ إلَّا اختيارَ أحدِهما.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ: أنَّه إذا قال: «أمرُكِ بِيَدِك اليومَ، وأمرُكِ بِيَدكِ غداً» أنَّهما أمران؛ لِما أنَّه ذَكَر لكلِّ وقتٍ خَبراً على حِدَة[1]، بخلافِ ما تقدَّم.

(وإنْ قال: «أمرُكِ بِيَدِكِ يومَ يَقدُمُ فُلانٌ»، فَقَدِمَ فُلانٌ ولم تَعْلَمْ بِقُدومِهِ حَتَّى جَنَّ اللَّيلُ، فلا خِيارَ لها)؛ لأنَّ الأمرَ باليد مِمَّا يَمتدُّ، فَيُحمَل اليومُ المقرونُ به على بياضِ النَّهارِ، وقد حقَّقناه من قبل[2]، فيتوقَّت به ثمَّ ينقضي بانقضاءِ وقتِهِ.

(وإذا جَعَلَ أمْرَها بِيَدِها، أو خَيَّرَها فَمَكَثَتْ يوماً لم تَقُمْ، فَالأمرُ في يَدِها ما لم تَأخُذْ في عَمَلٍ آخَرَ)؛ لأنَّ هذا تمليكُ التَّطليقِ منها؛ لأنَّ المالكَ مَن يَتصرَّفُ برأي نفسِهِ، وهي بهذهِ الصِّفةِ، والتَّمليكُ يَقتَصِرُ على المجلِسِ، وقد بيَّنَّاه من قبلُ[3].

(ثُمَّ إذا كانَتْ تَسْمَعُ يُعتَبَرُ مَجْلِسُها ذلكَ، وإنْ كانَتْ لا تَسْمَعُ فَمَجْلِسُ عِلْمِها وبُلُوغِ الخَبَرِ إليها)؛ لأنَّ هذا تمليكٌ فيه معنى التَّعليقِ، فيتوقَّفُ على ما وراءَ

---

(١) قال شمس الأئمة: هذه هي الرِّواية الصَّحيحة، وجعل قاضي خان هذه الرِّواية أصلَ الرِّواية، ولم يذكر خلافَ أحدٍ. عناية.

(٢) يعني: في آخرِ فَصلِ إضافةِ الطَّلاقِ، انظر ص (١٣١).

(٣) يعني: في فَصلِ الاختيارِ من قوله: «التَّمليكاتُ تقتضي جواباً في المجلس، كما في البيع»، انظر ص (١٤٨).

ولو كانَتْ قائِمَةً فَجَلَسَتْ فَهِيَ عَلَى خِيارِها، وكذا إذا كانتْ قاعِدَةً فَاتَّكَأَتْ، أو مُتَّكِئَةً فَقَعَدَتْ، ولَوْ قالَتْ: «أُدعُ أبي أَستَشِيرُهُ» أو «شُهوداً أُشهِدُهُم» فَهِي على خِيارِها،

المجلِسِ. ولا يُعتَبَر مجلسُهُ؛ لأنَّ التَّعليقَ لازمٌ في حقِّه، بخلافِ البيعِ لأنَّه تمليكٌ مَحضٌ لا يَشُوبُه التَّعليقُ.

وإذا اعتُبِرَ مَجلِسُها، فالمجلسُ تارةً يتبدَّلُ بالتَّحوُّل، ومرَّةً بالأخذِ في عَملٍ آخَرَ على ما بيَّنَّاه في الخيار.

ويخرج الأمرُ من يَدِها بمجرَّدِ القيام؛ لأنَّه دليلُ الإعراض؛ إذِ القيامُ يُفرِّقُ الرَّأيَ، بخلاف ما إذا مكثَتْ يوماً لم تَقُمْ ولم تأخذْ في عملٍ آخَرَ؛ لأنَّ المجلِسَ قد يَطُولُ وقد يَقصُر، فيبقى إلى أن يُوجَدَ ما يَقطَعُه أو ما يدلُّ على الإعراض.

وقوله: «مَكَثَت يوماً» ليس للتَّقدير به.

وقوله: «ما لم تأخُذْ في عملٍ آخَرَ» يُرادُ به عملٌ يُعرَفُ أنَّه قَطْعٌ لِما كان فيه، لا مُطلَق العمل.

(ولو كانَتْ قائِمَةً فَجلَسَتْ فَهِيَ عَلَى خِيارِها)؛ لأنَّه دليلُ الإقبالِ، فإنَّ القُعودَ أجمَعُ للرَّأي، (وكذا إذا كانتْ قاعِدَةً فَاتَّكَأَتْ، أو مُتَّكِئَةً فَقَعَدَتْ)؛ لأنَّ هذا انتقالٌ من جلسةٍ إلى جلسةٍ، فلا يكون إعراضاً، كما إذا كانت مُحتَبِيةً فتربَّعت.

قال رضي الله عنه: هذا روايةُ الجامع الصَّغير، وذَكَر في غيره: أنَّها إذا كانت قاعدةً فاتَّكأت لا خيارَ لها؛ لأنَّ الاتِّكاءَ إظهارُ التَّهاوُنِ بالأمر، فكان إعراضاً، والأوَّلُ هو الأصحُّ.

ولو كانت قاعدةً فاضطجعت، فيه روايتان عن أبي يوسف رحمه الله.

(ولَوْ قالَتْ: «أُدعُ أبي أَستَشِيرُهُ» أو «شُهوداً أُشهِدُهُم» فَهِي على خِيارِها)؛ لأنَّ الاستشارةَ لِتَحرِّي الصَّواب، والإشهادَ للتَّحرُّزِ عن الإنكار، فلا يكونُ دليلَ الإعراض.

وإنْ كانَتْ تَسِيرُ على دابَّةٍ، أو في مَحْمَلٍ فَوَقَفَتْ فَهِيَ على خِيارِها، وإنْ سارَتْ بَطَلَ خِيارُها، والسَّفينةُ بِمَنزِلَةِ البَيتِ.

فصل في المشيئة

ومَنْ قال لامرأتِهِ: «طَلِّقِي نَفْسَكِ» ولا نِيَّةَ لَهُ، أو نَوَى واحِدَةً، فقالت: «طَلَّقتُ نَفْسِي»، فَهِيَ واحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ، وإنْ طَلَّقَتْ نَفْسَها ثَلاثاً وقَدْ أرادَ الزَّوجُ ذَلِكَ وَقَعْنَ عَلَيها. وإنْ قال لها: «طَلِّقي نَفسَكِ»، فقالت: «أَبَنْتُ نَفْسِي» طَلُقَتْ. ولو قالت:

(وإنْ كانَتْ تَسِيرُ على دابَّةٍ، أو في مَحْمَلٍ فَوَقَفَتْ فَهِيَ على خِيارِها، وإنْ سارَتْ بَطَلَ خِيارُها)؛ لأنَّ سيرَ الدَّابَّةِ ووُقُوفَها مُضافٌ إليها.

(والسَّفينةُ بِمَنزِلَةِ البَيتِ)؛ لأنَّ سَيْرَها غيرُ مُضافٍ إلى راكبها، ألا ترى أنَّه لا يَقدِرُ على إيقافِها، وراكبُ الدَّابَّةِ يَقدِر.

(فصل في المشيئة)

(ومَنْ قال لامرأتِهِ: «طَلِّقِي نَفْسَكِ» ولا نِيَّةَ لَهُ، أو نَوَى واحِدَةً، فقالت: «طَلَّقتُ نَفْسِي»، فَهِيَ واحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ، وإنْ طَلَّقَتْ نَفْسَها ثَلاثاً وقَدْ أرادَ الزَّوجُ ذَلِكَ وَقَعْنَ عَلَيها[١]).

وهذا لأنَّ قولَه: «طلِّقي» معناه: اِفعلي فِعلَ التَّطليقِ، وهو اسمُ جنسٍ فيقَعُ على الأدنى مع احتمالِ الكلِّ، كسائرِ أسماءِ الأجناسِ، فلهذا تَعمَلُ فيه نيَّةُ الثَّلاثِ ويَنصرِف إلى واحدةٍ عند عَدمِها، وتكونُ الواحدةُ رجعيَّةً؛ لأنَّ المُفوَّضَ إليها صريحُ الطَّلاقِ. ولو نوى الثِّنتين لا تصحُّ لأنَّه نيَّةُ العددِ، إلَّا إذا كانت المنكوحةُ أمةً؛ لأنَّه جِنسٌ في حقِّها.

---

(١) سواءٌ طلَّقَت جملةً أو مُتفرِّقة. عناية.

«قَدِ اخترْتُ نَفْسِي» لم تَطْلُقْ. ولو قال لها: «طَلِّقي نَفْسَكِ» فليس لَهُ أن يَرجِعَ عنهُ. وإنْ قال لها: «طَلِّقِي نَفْسَكِ مَتى شِئْتِ»، فَلَها أنْ تُطَلِّق نَفْسَها في المجلِسِ وبَعْدَهُ.

(وإنْ قال لها: «طَلِّقي نَفسَكِ»، فقالت: «أبَنْتُ نَفْسِي» طَلُقَتْ. ولو قالت: «قَدِ اخترْتُ نَفْسِي» لم تَطْلُقْ)؛ لأنَّ الإبانةَ من ألفاظِ الطَّلاقِ، ألا ترى أنَّه لو قال لامرأته: «أبَنْتُكِ» ينوي به الطَّلاقَ، أو قالت: «أبنتُ نفسي» فقال الزَّوجُ: «قد أجزتُ ذلك» بانَتْ، فكانت مُوافِقَةً للتَّفويضِ في الأصل، إلَّا أنَّها زادت فيه وَصْفاً، وهو تَعجيلُ الإبانةِ، فَيَلغوا الوصفُ الزَّائدُ ويَثبُتُ الأصلُ، كما إذا قالت: «طَلَّقتُ نفسي تطليقةً بائنةً»، وينبغي أن تقعَ تطلقيةً رجعيَّةً.

بخلافِ الاختيارِ؛ لأنَّه ليس من ألفاظِ الطَّلاقِ، ألا ترى أنَّه لو قال لامرأتِهِ: «اخترتُكِ» أو «اختاري» ينوي الطَّلاقَ، لم يقَعْ، ولو قالت ابتداءً: «اخترتُ نفسي» فقال الزَّوج: «قد أجزتُ» لا يقع شيءٌ، إلَّا أنَّه عُرِفَ طلاقاً بالإجماع إذا حصَلَ جواباً للتَّخييرِ، وقولُهُ: «طلِّقي نفسَكِ» ليس بِتَنجيزٍ، فَيَلغو.

وعن أبي حنيفة: أنَّه لا يقَعُ شيءٌ بقولها: «أبنتُ نفسي»؛ لأنَّها أتَتْ بغير ما فَوَّضَ إليها؛ إذِ الإبانةُ تُغايرُ الطَّلاقَ.

(ولو قال لها: «طَلِّقي نَفْسَكِ» فليس لَهُ أن يَرجِعَ عنهُ)؛ لأنَّ فيه معنى اليمين؛ لأنَّه تعليقُ الطَّلاقِ بِتَطليقِها، واليمينُ تصرُّفٌ لازمٌ. ولو قامت عن مَجلِسِها بَطَل؛ لأنَّه تمليكٌ.

بخلافِ ما إذا قال لها: «طَلِّقي ضَرَّتَكِ»؛ لأنَّه توكيلٌ وإنابةٌ، فلا يَقتصِرُ على المجلِسِ، ويَقبَلُ الرُّجوعَ.

(وإنْ قال لها: «طَلِّقِي نَفْسَكِ مَتى شِئْتِ»، فَلَها أنْ تُطَلِّق نَفْسَها في المجلِسِ وبَعْدَهُ)؛ لأنَّ كلمةَ «متى» عامَّةٌ في الأوقاتِ كلِّها، فصار كما إذا قال: «في أيِّ وقتٍ شئتِ».

وإذا قال لِرَجُلٍ: «طَلِّقِ امرأتي»، فَلَهُ أن يُطَلِّقَها في المَجلِسِ وبَعْدَهُ، ولَوْ قال لِرَجلٍ: «طَلِّقْها إنْ شِئتَ»، فَلَهُ أنْ يُطَلِّقَها في المَجْلِسِ خاصَّةً. ولو قال لها: «طَلِّقي نَفْسَكِ ثَلاثاً»، فَطَلَّقَتْ واحِدَةً، فَهِيَ واحِدَةٌ. ولو قال لها: «طَلِّقِي نَفْسَكِ واحِدَةً»، فَطَلَّقَتْ نَفْسَها ثَلاثاً، لم يَقَعْ شَيءٌ عندَ أبي حنيفة، وقالا: تَقَعُ واحِدَةٌ. ....

(**وإذا قال لِرَجُلٍ: «طَلِّقِ امرأتي»، فَلَهُ أن يُطَلِّقَها في المَجلِسِ وبَعْدَهُ**)، وله أن يَرجِع عنه؛ لأنَّه توكيلٌ، وأنَّه استعانةٌ فلا يَلزَم، ولا يَقتصِرُ على المجلسِ.

بخلاف قولِهِ لامرأتِهِ: «طَلِّقي نفسَكَ»؛ لأنَّها عامِلَةٌ لِنفسِها، فكان تَمليكاً لا توكيلاً.

(**ولَوْ قال لِرَجلٍ: «طَلِّقْها إنْ شِئتَ»، فَلَهُ أنْ يُطَلِّقَها في المَجْلِسِ خاصَّةً**)، وليس للزَّوجِ أن يَرجِع.

وقال زفرُ رَحِمَهُ اللَّهُ: هذا والأوَّلُ سواءٌ؛ لأنَّ التَّصريحَ بالمشيئةِ كعَدَمِه؛ لأنَّه يَتصرَّفُ عن مَشيئتِهِ، فصار كالوكيل بالبيع إذا قيل له: «بِعْهُ إنْ شئتَ».

ولنا: أنَّه تَمليكٌ؛ لأنَّه علَّقَه بالمَشيئةِ، والمالكُ هو الذي يَتصرَّفُ عن مَشيئتِهِ، والطَّلاقُ يَحتمِلُ التَّعليقَ، بخلافِ البيعِ لأنَّه لا يَحتمِله.

(**ولو قال لها: «طَلِّقي نَفْسَكِ ثَلاثاً»، فَطَلَّقَتْ واحِدَةً، فَهِيَ واحِدَةٌ**)؛ لأنَّها مَلَكَت إيقاعَ الثَّلاثِ، فتَملِكُ إيقاعَ الواحدةِ ضرورةً.

(**ولو قال لها: «طَلِّقِي نَفْسَكِ واحِدَةً»، فَطَلَّقَتْ نَفْسَها ثَلاثاً، لم يَقَعْ شَيءٌ عند أبي حنيفة. وقالا: تَقَعُ واحِدَةٌ**)؛ لأنَّها أتت بما مَلَكَته وزيادةٍ، فصار كما إذا طلَّقها الزَّوجُ ألفاً.

ولأبي حنيفة: أنَّها أتت بغيرِ ما فَوَّضَ إليها، فكانت مُبتَدِئةً، وهذا لأنَّ الزَّوجَ مَلَّكها الواحدةَ، والثَّلاثُ غيرُ الواحدةِ؛ لأنَّ الثَّلاثَ اسمٌ لعددٍ مركَّبٍ مُجتَمِعٍ، والواحدةَ فردٌ لا تركيبَ فيه، فكانت بينهما مُغايرةٌ على سبيلِ المُضادَّةِ.

وإنْ أمَرَها بِطلاقٍ يَملِكُ الرَّجْعَةَ، فَطَلَّقَتْ بائِنَةً، أو أمَرَها بالبائِنِ فَطَلَّقَتْ رَجْعِيَّةً، وَقَعَ ما أمَرَ بِهِ الزَّوجُ. وإنْ قال لها: «طَلِّقي نَفْسَكِ ثَلاثاً إنْ شِئْتِ»، فَطَلَّقَتْ نَفْسَها واحِدَةً لم يَقَعْ شَيءٌ. ولو قال لها: «طَلِّقِي نَفْسَكِ واحِدَةً إنْ شِئْتِ» فَطَلَّقَتْ ثَلاثاً، فَكذلِكَ عند أبي حنيفة، ....

بخلافِ الزَّوجِ لأنَّه يَتصرَّفُ بِحُكم المِلكِ، وكذا هي في المسألةِ الأولى؛ لأنَّها مَلَكَت الثَّلاثَ، أمَّا ههنا لم تَملك الثَّلاثَ وما أتَتْ بما فوَّضَ إليها، فلَغَت.

(وإنْ أمَرَها بِطلاقٍ يَملِكُ الرَّجْعَةَ، فَطَلَّقَتْ بائِنَةً، أو أمَرَها بالبائِنِ فَطَلَّقَتْ رَجْعِيَّةً، وَقَعَ ما أمَرَ بِهِ الزَّوجُ).

فمعنى الأوَّل: أن يقولَ لها الزَّوج: «طلِّقي نفسَك واحدةً أملِكُ الرَّجعةَ»، فتقول: «طلَّقتُ نفسي واحدةً بائنةً»، فتقعُ رجعيَّةً؛ لأنَّها أتَتْ بالأصلِ وزيادةِ وَصفٍ كما ذكرنا، فيلغوا الوصفُ ويبقى الأصلُ.

ومعنى الثَّاني: أن يقولَ لها: «طلِّقي نفسَكِ واحدةً بائنةً»، فتقولُ: «طلَّقتُ نفسي واحدةً رجعيَّةً»، فتقعُ بائنةً؛ لأنَّ قولَها: «واحدةً رجعيَّةً» لغوٌ منها؛ لأنَّ الزَّوجَ لمَّا عيَّن صفةَ المُفوَّضِ إليها، فحاجَتُها بعد ذلك إلى إيقاعِ الأصلِ دونَ تَعيينِ الوصفِ، فصار كأنَّها اقتصَرَت على الأصلِ، فيقعُ بالصِّفةِ التي عيَّنها الزَّوج بائناً أو رجعيّاً.

(وإنْ قال لها: «طَلِّقي نَفْسَكِ ثَلاثاً إنْ شِئْتِ»، فَطَلَّقَتْ نَفْسَها واحِدَةً لم يَقَعْ شَيءٌ)؛ لأنَّ معناه: إنْ شئتِ الثَّلاثَ، وهي بإيقاعِ الواحدةِ ما شاءتِ الثَّلاثَ، فلم يُوجَدِ الشَّرطُ.

(ولو قال لها: «طَلِّقِي نَفْسَكِ واحِدَةً إنْ شِئْتِ» فَطَلَّقَتْ ثَلاثاً، فَكذلِكَ عند أبي حنيفة)؛ لأنَّ مشيئةَ الثَّلاثِ ليست بمشيئةِ الواحدةِ، كإيقاعِها[1].

---

(١) أي: كإيقاعِ الواحدةِ فيما لو قال لها: «طلِّقي نفسَكِ ثلاثاً»، فطلَّقت واحدة، لم يقع شيءٌ عند أبي حنيفةَ كما سبق.

وقالا: تَقَعُ واحِدَةٌ. ولو قال لها: «أنتِ طالِقٌ إنْ شِئْتِ»، فقالت: «شِئتُ إنْ شِئتَ»، فقال الزَّوجُ: «شِئْتُهُ» ينوي الطَّلاقَ، بَطَلَ الأمرُ، وكذا إذا قالت: «شِئتُ إنْ شاءَ أبي»، أو «شِئتُ إنْ كانَ كذا» لأمْرٍ لم يَجِئْ بَعْدُ. وإنْ قالت: «قَدْ شِئتُ إنْ كانَ كَذَا» لأمرْ قَدْ مَضَى، طَلُقَتْ. ولو قال لها: «أنتِ طالِقٌ إذا شِئْتِ»، أو «إذا ما شِئْتِ»، أو «مَتى شِئْتِ»، أو «مَتى ما شِئْتِ»، فردَّتِ الأمرَ، لم يَكُنْ رَدّاً، ولا يَقْتَصِرُ على المُجلِسِ.

(وقالا: تَقَعُ واحِدَةٌ)؛ لأنَّ مشيئةَ الثَّلاث مشيئةُ الواحدةِ، كما أنَّ إيقاعَها إيقاعٌ للواحدةِ، فَوُجِدَ الشَّرط.

(ولو قال لها: «أنتِ طالِقٌ إنْ شِئْتِ»، فقالت: «شِئتُ إنْ شِئتَ»، فقال الزَّوجُ: «شِئْتُهُ» ينوي الطَّلاقَ، بَطَلَ الأمرُ)؛ لأنَّه علَّقَ طلاقَها بالمشيئة المُرسَلَةِ، وهي أتت بالمعلَّقةِ، فلم يُوجَد الشَّرط، وهو اشتغالٌ بما لا يَعنيها، فَخَرج الأمرُ من يَدِها.

ولا يقعُ الطَّلاقُ بقوله: «شئتُ» وإن نوى الطَّلاقَ؛ لأنَّه ليس في كلامِ المرأةِ ذِكرُ الطَّلاقِ لِيَصيرَ الزَّوجُ شائياً طلاقَها، والنِّيَّةُ لا تَعمَلُ في غيرِ المذكورِ، حتَّى لو قال: «شئتُ طلاقَكِ» يقعُ إذا نوى؛ لأنَّه إيقاعٌ مُبتَدأٌ إذِ المشيئةُ تُنبئُ عن الوجودِ، بخلاف قولِهِ: «أردتُ طَلاقَكِ»؛ لأنَّه لا يُنبئ عن الوجودِ.

(وكذا إذا قالت: «شِئتُ إنْ شاءَ أبي»، أو «شِئتُ إنْ كانَ كذا» لأمرٍ لم يَجِئْ بَعْدُ)؛ لِما ذكرنا أنَّ المَأتيَّ به مشيئةٌ معلَّقةٌ، فلا يقعُ الطَّلاقُ وبَطَل الأمرُ.

(وإنْ قالت: «قَدْ شِئتُ إنْ كانَ كَذَا - لأمرْ قَدْ مَضَى - طَلُقَتْ)؛ لأنَّ التَّعليقَ بِشَرطٍ كائنٍ تَنجيزٌ.

(ولو قال لها: «أنتِ طالِقٌ إذا شِئْتِ»، أو «إذا ما شِئْتِ»، أو «مَتى شِئْتِ»، أو «مَتى ما شِئْتِ»، فردَّتِ الأمرَ، لم يَكُنْ رَدّاً، ولا يَقْتَصِرُ على المُجلِسِ).

أمَّا كلمة «متى» و«متى ما» فلأنَّهما للوقتِ، وهي عامَّةٌ في الأوقات كلِّها، كأنَّه قال: «في أيِّ وقتٍ شئتِ»، فلا يَقتصِرُ على المجلسِ بالإجماع.

ولو قال لها: «أنتِ طالِقٌ كُلَّما شِئْتِ»، فَلَها أنْ تُطَلِّقَ نَفْسَها واحِدَةً بَعْدَ واحِدَةٍ حتَّى تُطَلِّقَ نَفْسَها ثَلاثاً، وليسَ لها أنْ تُطَلِّقَ نَفْسَها ثَلاثاً بِكَلِمَةٍ واحِدَةٍ. ولو قال لها: «أنتِ طالِقٌ حَيْثُ شِئْتِ» أو «أينَ شِئْتِ» لم تَطْلُقْ حَتَّى تَشاء، وإنْ قامَتْ مِنْ مَجلِسِها فَلا مَشيئَةَ لها. ....

ولو ردَّتِ الأمرَ لم يكن ردّاً؛ لأنَّه مَلَّكَها الطَّلاقَ في الوقت الذي شاءت، فلم يكن تمليكاً قبلَ المَشيئةِ حتَّى يرتدَّ بالرَّدِّ. ولا تُطلِّق نفسَها إلَّا واحدةً؛ لأنَّها تعمُّ الأزمانَ دونَ الأفعالِ، فَتَملِكُ التَّطليقَ في كلِّ زمانٍ، ولا تَملِك تَطليقاً بعد تطليقٍ.

وأمَّا كلمة «إذا» و«إذا ما» فهما و«متى» سواءٌ عندهما. وعند أبي حنيفة رحمةُ الله تعالى عليه وإن كان يُستَعمَل للشَّرطُ كما يُستعمَلُ للوقتِ، لكن الأمرُ صار بيدها، فلا يَخرُجُ بالشَّكِّ، وقد مَرَّ من قبل[1].

(ولو قال لها: «أنتِ طالِقٌ كُلَّما شِئْتِ» فَلَها أنْ تُطَلِّقَ نَفْسَها واحِدَةً بَعْدَ واحِدَةٍ حتَّى تُطَلِّقَ نَفْسَها ثَلاثاً)؛ لأنَّ كلمةَ «كلَّما» تُوجِب تكرارَ الأفعالِ، إلَّا أنَّ التَّعليقَ يَنصرِفُ إلى المِلك القائمِ، حتَّى لو عادت إليه بعد زوجٍ آخَرَ فَطلَّقَت نَفسَها، لم يقعْ شيءٌ؛ لأنَّه مِلكٌ مُستَحدَثٌ.

(وليسَ لها أنْ تُطَلِّقَ نَفْسَها ثَلاثاً بِكَلِمَةٍ واحِدَةٍ)؛ لأنَّها تُوجِب عمومَ الانفرادِ لا عُمومَ الاجتماع، فلا تَملِكُ الإيقاعَ جُملةً وجمعاً.

(ولو قال لها: «أنتِ طالِقٌ حَيْثُ شِئْتِ» أو «أينَ شِئْتِ» لم تَطْلُقْ حَتَّى تَشاء، وإنْ قامَتْ مِنْ مَجلِسِها فَلا مَشيئَةَ لها)؛ لأنَّ كلمةَ «حيث» و«أين» مِن أسماء المكان، والطَّلاقُ لا تَعلُّق له بالمكان[2]، فيلغو ويبقى ذِكرُ مُطْلَق المشيئةِ،

---

(١) يعني: في فصل إضافة الطَّلاق إلى الزَّمان، انظر ص (١٣٠).

(٢) ومعنى أنَّ الطلاق لا تعلُّق له بالمكان، أنَّه إذا كان واقعاً في مكانٍ كان واقعاً في جميع الأمكنة، فلو قال لها: «أنت طالق في مكة» طلقت في الحال.

وإنْ قال لها: «أنتِ طالِقٌ كيفَ شِئْتِ» طَلُقَتْ تَطليقَةً يَملِكُ الرَّجعَةَ. قال رضي الله عنه: وقال في الأصل: هذا قولُ أبي حنيفة، وعندهما: لا يَقَعُ ما لم تُوقِعِ المرأةُ، فَتَشاءُ رَجْعِيَّةً أو بائِنَةً أو ثلاثاً. ....

فَيَقتصِرُ على المجلس، بخلافِ الزَّمانِ لأنَّ له تَعلُّقاً به، حتَّى تقع في زمانٍ دونَ زمانٍ، فوجب اعتبارُهُ عموماً وخصوصاً[1].

(وإنْ قال لها: «أنتِ طالِقٌ كيفَ شِئْتِ» طَلُقَتْ تطليقَةً يَملِكُ الرَّجعَةَ)، ومعناه: قبلَ المشيئةِ. فإن قالت: «قد شِئتُ واحدةً بائنةً»، أو «ثلاثاً»، وقال الزَّوج: «ذلكَ نَويتُ» فهو كما قال؛ لأنَّ عند ذلك تَثبُتُ المطابقةُ بين مَشيئتِها وإرادتِهِ.

أمَّا إذا أرادت ثلاثاً والزَّوجُ واحدةً بائنةً، أو على القَلبِ، تقعُ واحدةٌ رجعيَّةٌ؛ لأنَّه لَغَا تَصرُّفُها لِعَدمِ الموافقةِ، فبقي إيقاعُ الزَّوجِ.

وإنْ لم تَحضُرْه النِّيَّةُ تُعتَبَرُ مَشيئتُها فيما قالوا، جَرْياً على مُوجِب التَّخييرِ.

(قال رضي الله عنه: وقال في الأصل: هذا قولُ أبي حنيفة، وعندهما: لا يَقَعُ ما لم تُوقِعِ المرأةُ، فَتَشاءُ رَجْعِيَّةً أو بائِنَةً أو ثلاثاً) وعلى هذا الخلاف العِتاقُ[2].

لهما: أنَّه فوَّضَ التَّطليقَ إليها على أيِّ صفة شاءت، فلا بدَّ من تعليقِ أصلِ الطَّلاقِ بِمَشيئتها لِتَكونَ لها المشيئةُ في جميعِ الأحوالِ، أعني: قبلَ الدُّخولِ وبعده.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنَّ كلمة «كيف» للاستيصاف، يقال: «كيف أصبحتَ»، والتَّفويضُ في وَصفِهِ يستدعي وُجودَ أصلِهِ، ووُجودُ الطَّلاقِ بوقوعِهِ[3].

---

(١) أمَّا اعتبارُ الزَّمان خُصوصاً، فمثاله أن يقول لها: «أنتِ طالقٌ غداً» فلا تطلق إلَّا بمجيء الغد، وأمَّا اعتباره عُموماً فمثاله أن يقول لها: «أنتِ طالقٌ في أيِّ وَقتٍ شِئتِ» فيقع في زمان مشيئتها.

(٢) يعني: إذا قال لعبدِهِ: «أنتِ حرٌّ كيف شِئتَ» يعتقُ عبدُهُ في الحال عند أبي حنيفةَ، ولا مشيئةَ له، وعندهما: لا يَعتِقُ حتَّى يشاء. بناية.

(٣) أي: أبو حنيفة يقول: إنَّ كلمة «كيف» لِطَلب الوصف، لا لِطَلب الأصل، يقال: «كيف أصبحتَ»، =

وإنْ قال لها: «أنتِ طالِقٌ كَمْ شِئتِ»، أو «ما شِئْتِ»، طَلَّقَتْ نَفْسَها ما شاءَتْ، فإنْ قامَتْ مِنَ المَجلِسِ بَطَلَ، وإنْ رَدَّت الأمْرَ كانَ رَدّاً. وإنْ قال لها: «طَلِّقي نَفْسَكِ مِنْ ثَلاثٍ ما شِئْتِ» فَلَها أنْ تُطَلِّق نَفْسَها واحِدَةً أو ثِنْتَينِ، ولا تُطَلِّقُ ثلاثاً عند أبي حنيفة، وقالا: تُطَلِّقُ ثَلاثاً إنْ شاءتْ.

(وإنْ قال لها: «أنتِ طالِقٌ كَمْ شِئتِ»، أو «ما شِئْتِ»، طَلَّقَتْ نَفْسَها ما شاءَتْ)؛ لأنَّهما يُستعملان للعَدِدِ، فقد فَوَّض إليها أيَّ عددٍ شاءت، (فإنْ قامَتْ مِنَ المَجلِسِ بَطَلَ، وإنْ رَدَّت الأمْرَ كانَ رَدّاً)؛ لأنَّ هذا أمرٌ واحدٌ، وهو خطابٌ في الحال، فيقتضي الجوابَ في الحال.

(وإنْ قال لها: «طَلِّقي نَفْسَكِ مِنْ ثَلاثٍ ما شِئْتِ» فَلَها أنْ تُطَلِّق نَفْسَها واحِدَةً أو ثِنْتَينِ، ولا تُطَلِّقُ ثلاثاً عند أبي حنيفة).

(وقالا: تُطَلِّقُ ثَلاثاً إنْ شاءتْ)؛ لأنَّ كلمةَ «ما» مُحكمَةٌ في التَّعميم، وكلمةَ «مِن» قد تُستَعملُ للتَّمييز، فَيُحمَل على تَمييز الجِنس، كما إذا قال: «كُلْ مِنْ طعامي ما شئتَ»، أو «طَلِّق مِن نسائي مَن شاءت»[1].

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّ كلمةَ «مِن» حقيقةٌ للتَّبعيض[2]، و«ما» للتَّعميم، فَعُمِل بهما[3].

= أي: على أيِّ وصفٍ من الصِّحَّة والسَّقَم وغيرِ ذلك، فكان التَّفويضُ في وَصفِ الطَّلاق، والتَّفويضُ في وصف الطَّلاق يَستدعي وجودَ أصله، وإلَّا لكان «كيف» لِطَلبه، وليس كذلك، ووُجودُ الطَّلاقِ بوقوعه. عناية بتصرف.

(١) أي: كان له أن يأكل كُلَّ الطَّعام، وكذا له أن يطلِّق كلَّ نسائه إن شِئنَ جميعاً، بخلاف ما إذا حملنا «من» على التَّبعيض، فإنَّه حينئذٍ يبطل عموم «ما».

(٢) أي: إذا دخل على ذي أبعاض، والطَّلاقُ منه.

(٣) أي: بـ«مِن» في معناها في مثله - وهو إذا ما دخلت على ذي أبعاض -، وبـ«ما» في عموم مخصوصٍ ضرورةَ إعمالِ «مِن» في معناها في مثله.

وفيما استَشْهَدا به تَرْكُ التَّبعيضِ لِدِلالةِ إظهارِ السَّماحة[1]، أو لعمومِ الصِّفةِ - وهي المشيئة - حتَّى لو قال: «مَن شِئتَ» كان على هذا الخلاف، والله تعالى أعلم بالصَّواب.

(١) لأنَّ في العرف يراد بهذا الكلام إظهار السماحة والكرم، وذلك بالعموم. بناية.

باب الأيمان في الطلاق

وإذا أضافَ الطَّلاقَ إلى النِّكاحِ وَقَعَ عَقِيبَ النِّكاحِ، مِثلُ أنْ يَقُولَ لامرأةٍ: «إنْ تَزَوَّجْتُكِ فَأنتِ طالِقٌ»، أو «كُلُّ امرأةٍ أتَزَوَّجُها فَهِيَ طالِقٌ». ....

(باب الأيمان[1] في الطلاق)

(وإذا أضافَ الطَّلاقَ إلى النِّكاحِ وَقَعَ عَقِيبَ النِّكاحِ، مِثلُ أنْ يَقُولَ لامرأةٍ: «إنْ تَزَوَّجْتُكِ فَأنتِ طالِقٌ»، أو «كُلُّ امرأةٍ أتَزَوَّجُها فَهِيَ طالِقٌ»).

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ[2]: لا يقعُ لقوله ﷺ: «لا طَلاقَ قبلَ النِّكاح[3]».

ولنا: أنَّ هذا[4] تصرُّفُ يَمينٍ لِوُجودِ الشَّرطِ والجزاءِ، فلا يُشترطُ لِصحَّتِه قيامُ المِلكِ في الحال؛ لأنَّ الوقوعَ عند الشَّرطِ، والمِلكُ مُتيقَّنٌ به عنده، وقبلَ ذلك أثَرُه المنعُ، وهو قائمٌ بالمتصرِّف.

والحديثُ محمولٌ على نفي التَّنجيزِ، والحملُ مأثورٌ عن السَّلفِ كالشَّعبيِّ والزُّهريِّ وغيرهما.

---

(١) اليمين في الطَّلاق عبارةٌ عن تَعليقِهِ بأمرٍ، بما يدلُّ على معنى الشَّرطِ، فهو في الحقيقةِ شرطٌ وجزاءٌ، سُمِّي يميناً مجازاً لِما فيه من معنى السَّببيَّة. عناية.

(٢) قال الماوردي في الحاوي (١٠/ ٢٥) الكتب العلمية: مذهبُ الشَّافعيِّ أنَّه لا يصحُّ عقدُ الطَّلاقِ قبلَ النِّكاحِ لا في العموم ولا في الخصوص ولا في الأعيان. فالعمومُ أن يقول: «كلُّ امرأةٍ أتزوَّجُها فهي طالق». والخصوصُ أن يقول: «كلُّ امرأة أتزوَّجُها من بني تميم أو من أهل البصرة فهي طالق»، والأعيان أن يقول لامرأة بعينها: «إن تزوَّجتكِ فأنت طالق»، فلا يلزمُهُ الطَّلاقُ إذا تزوَّجَ في هذه الأحوال. اهـ.

(٣) أخرجه بهذا اللفظ ابن ماجه في الطلاق، باب: لا طلاق قبل النكاح (٢٠٤٩) من حديث علي بن أبي طالب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ وعنَّا به.
وأخرج بمعناه الترمذي في الطلاق، باب: لا طلاق قبل النكاح (١١٨١)، وأبو داود في الطلاق، باب: في الطلاق قبل النكاح (٢١٩٠)، والحاكم (٢/ ٢٢٢) (٢٨١٩).

(٤) أي: التَّعليق بالشَّرط.

وإذا أضافَهُ إلى شَرْطٍ وَقَعَ عَقِيبَ الشَّرطِ، مِثلُ أنْ يَقُولَ لامرأتِهِ: «إنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأنتِ طالِقٌ»، ولا تَصِحُّ إضافَةُ الطَّلاقِ إلَّا أنْ يَكُونَ الحالِفُ مالِكاً، أو يُضِيفَهُ إلى مِلْكٍ، فإنْ قال لأجنَبِيَّةٍ: «إنْ دَخَلتِ الدَّارَ فأنتِ طالِقٌ»، ثُمَّ تَزَوَّجَها، فَدَخَلَتِ الدَّارَ لم تَطْلُقْ. وألفاظُ الشَّرطِ: «إنْ، وإذا، وإذا ما، وكُل، وكُلَّما، ومتى، ومتى ما»

(وإذا أضافَهُ إلى شَرْطٍ وَقَعَ عَقِيبَ الشَّرطِ، مِثل أنْ يَقُولَ لامرأتِهِ: «إنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأنتِ طالِقٌ»)، وهذا بالاتِّفاقِ؛ لأنَّ المِلكَ قائمٌ في الحالِ، والظَّاهرُ بقاؤه إلى وقتِ وُجودِ الشَّرطِ، فيصحُّ يميناً أو إيقاعاً.

(ولا تَصِحُّ إضافَةُ الطَّلاقِ إلَّا أنْ يَكُونَ الحالِفُ مالِكاً، أو يُضِيفَهُ إلى مِلْكٍ)؛ لأنَّ الجزاءَ لا بدَّ أن يكون ظاهراً ليكون مُخيفاً، فيتحقَّقُ معنى اليمينِ - وهو القوَّةُ والظُّهورُ - بأحد هذين[1]. والإضافةُ إلى سببِ المِلكِ بمنزلةِ الإضافةِ إليه، لأنَّه ظاهرٌ عند سَبَبِه.

(فإنْ قال لأجنَبِيَّةٍ: «إنْ دَخَلتِ الدَّارَ فأنتِ طالِقٌ»، ثُمَّ تَزَوَّجَها، فَدَخَلَتِ الدَّارَ لم تَطْلُقْ)؛ لأنَّ الحالفَ ليس بمالكٍ، ولا أضافَهُ إلى المِلكِ أو سَبَبِهِ، ولا بدَّ من أحدٍ منهما.

(وألفاظُ الشَّرطِ: إنْ، وإذا، وإذا ما، وكُل، وكُلَّما، ومتى، ومتى ما)؛ لأنَّ الشَّرطَ مُشتقٌّ من العلامة[2]، وهذه الألفاظُ ممَّا تَليها أفعالٌ[3]، فتكون علاماتٍ على الحِنْث.

---

(١) وهو كونُ الحالف مالكاً أو مُضيفاً للمِلك.

(٢) يعني: مشتقٌّ من اللَّفظ الدَّالِّ على العلامة، وهو الشَّرَطُ بالتَّحريك.، قال تعالى: ﴿فَقَدْ جَآءَ أَشْرَاطُهَا﴾ [محمَّد: ١٨] أي: علاماتُها، وهذا لأنَّ المراد بالاشتقاق هو الاشتقاقُ الكبيرُ، وهو أن تَجِد بين اللَّفظين تناسباً في اللَّفظ والمعنى، وليس بين الشَّرطِ والعلامةِ تناسبٌ لفظيٌّ، فيُقدَّر ذلك ليستقيم المعنى، والله أعلم. انظر العناية وفتح القدير.

(٣) يعني: غير كلمة «كل» فإنَّه يُذكَر فيما يليها اسم. عناية.

فَفِي هذهِ الألفاظِ إذا وُجِدَ الشَّرطُ انْحَلَّتْ وانْتَهَتِ اليمينُ إلَّا في «كلَّما»، فَإنْ تَزَوَّجَها بعدَ ذلكَ وتكرَّرَ الشَّرطُ لم يَقَعْ شَيءٌ. ولو دَخَلَتْ عَلَى نَفْسِ التَّزَوُّجِ، بأنْ قال: «كلَّما تَزَوَّجتُ امرأةً فَهِيَ طالِقٌ» يَحنَثُ بِكلِّ مَرَّةٍ، وإنْ كان بعدَ زَوجٍ آخَرَ، وزَوالُ المِلكِ بَعْدَ اليَمينِ لا يُبْطِلُها، ....

ثمَّ كلمةُ «إن» حرفٌ للشَّرط؛ لأنَّه ليس فيها معنى الوقتِ، وما وراءَها مُلحَقٌ بها.

وكلمة «كل» ليست شرطاً حقيقةً؛ لأنَّ ما يليها اسمٌ، والشَّرطُ ما يتعلَّق به الجزاءُ، والأجزيةُ تَتعلَّقُ بالأفعال، إلَّا أنَّه أُلحِق بالشَّرطِ لِتعلُّقِ الفعلِ بالاسم الذي يليها، مثلُ قولك: «كلُّ عبدٍ اشتريتُهُ فهو حُرٌّ».

قال: (فَفِي هذهِ الألفاظِ إذا وُجِدَ الشَّرطُ انْحَلَّتْ وانْتَهَتِ اليمينُ)؛ لأنَّها غيرُ مُقتضيةٍ للعمومِ والتَّكرارِ لغةً، فَبِوُجود الفعلِ مرَّةً يتمُّ الشَّرطُ، ولا بقاءَ لليمين بدونه (إلَّا في) كلمةِ («كلَّما»)، فإنَّها تقتضي تعميمَ الأفعالِ، قال الله تعالى: ﴿كُلَّمَا نَضِجَتْ جُلُودُهُم﴾ [النِّساء: ٥٦] الآية، ومن ضرورةِ التَّعميمِ التَّكرارُ.

قال: (فَإنْ تَزَوَّجَها بعدَ ذلكَ)، أي: بعد زوجٍ آخَرَ (وتَكرَّرَ الشَّرطُ لم يَقَعْ شَيءٌ)؛ لأنَّ باستيفاء الطَّلقات الثَّلاثِ المملوكات في هذا النِّكاح لم يبقَ الجزاءُ، وبقاءُ اليمينِ به وبالشَّرط. وفيه خلافُ زفر رَحِمَهُ اللهُ، وسنقرِّرُه من بعد إن شاء الله تعالى.

(ولو دَخَلَتْ عَلَى نَفْسِ التَّزوُّجِ، بأنْ قال: «كلَّما تَزَوَّجتُ امرأةً فَهِيَ طالِقٌ» يَحنَثُ بِكلِّ مَرَّةٍ، وإنْ كان بعدَ زَوجٍ آخَرَ)؛ لأنَّ انعقادَها باعتبارِ ما يَملِكُ عليها من الطَّلاقِ بالتَّزوُّجِ، وذلك غيرُ محصورٍ.

قال: (وزَوالُ المِلكِ بَعْدَ اليَمينِ لا يُبْطِلُها)؛ لأنَّه لم يُوجَدِ الشَّرط فَبَقِي، والجزاءُ باقٍ لِبقاءِ مَحلِّه، فَبَقِي اليمينُ.

ثمَّ إنْ وُجِدَ الشَّرطُ في مِلكِهِ اِنْحَلَّتِ اليَمينُ وَوَقَعَ الطَّلاقُ، وإنْ وُجِدَ في غَيرِ المِلكِ اِنْحلَّتِ اليَمينُ ولم يَقَعْ شَيءٌ. وإنِ اختَلَفا في وُجُودِ الشَّرْطِ فَالقَولُ قَوْلُ الزَّوجِ، إلَّا أنْ تُقِيمَ المرأةُ البَيِّنَةَ، فإنْ كانَ الشَّرْطُ لا يُعْلَمُ إلَّا مِنْ جِهَتِها، فَالقَولُ قولُها في حَقِّ نَفْسِها، مِثلُ أنْ يَقُولَ: «إنْ حِضْتِ فَأنتِ طالِقٌ وفُلانَةُ»، فقالت: «قَدْ حِضْتُ» طَلُقَتْ هِيَ ولم تَطْلُقْ فُلانَةُ، ....

(ثمَّ إنْ وُجِدَ الشَّرطُ في مِلكِهِ اِنْحَلَّتِ اليَمينُ وَوَقَعَ الطَّلاقُ)؛ لأنَّه وُجِد الشَّرطُ والمَحلُّ قابلٌ للجزاء، فَينزِل الجزاءُ ولا تبقى اليمينُ لِما قلنا[١].

(وإنْ وُجِدَ في غَيرِ المِلكِ[٢] اِنْحلَّتِ اليَمينُ)؛ لِوُجود الشَّرط، (ولم يَقَعْ شَيءٌ)؛ لانعدام المَحلِّيَّة.

(وإنِ اختَلَفا في وُجُودِ الشَّرْطِ فَالقَولُ قَوْلُ الزَّوجِ، إلَّا أنْ تُقِيمَ المرأةُ البَيِّنَةَ)؛ لأنَّه مُتمسِّكٌ بالأصل - وهو عدمُ الشَّرطِ -، ولأنَّه يُنكِرُ وُقوعَ الطَّلاقِ وزوالَ المِلكِ، والمرأةُ تَدَّعيه.

(فإنْ كانَ الشَّرْطُ لا يُعْلَمُ إلَّا مِنْ جِهَتِها، فَالقَولُ قولُها في حَقِّ نَفْسِها، مِثلُ أنْ يَقُولَ: «إنْ حِضْتِ فَأنتِ طالِقٌ وفُلانَةُ»، فقالت: «قَدْ حِضْتُ» طَلُقَتْ هِيَ ولم تَطْلُقْ فُلانَةُ)، ووقُوعُ الطَّلاقِ استحسانٌ، والقياسُ أن لا يقَعَ؛ لأنَّه[٣] شرطٌ فلا تُصدَّق كما في الدُّخول.

وجه الاستحسان: أنَّها أمينةٌ في حقِّ نفسِها؛ إذ لا يُعلَمُ ذلك إلَّا من جهتها، فَيُقبَلُ قولُها كما قُبِل في حقِّ العِدَّة والغِشيان[٤]، لكنَّها شاهدةٌ في حقِّ ضَرَّتها،

---

(١) إشارة إلى قوله: «فبوجود الفعل مرَّةً يتمُّ الشرط»، انظر ص (١٦٧).

(٢) أي: إن وُجد الشَّرط - وهو دخول الدَّار - بعد طلاقِها وقبلَ التَّزوُّجِ ثانياً، انحلَّت اليمين ... إلخ.

(٣) أي: الحيض.

(٤) قوله: «الغشيان» يحتمل معنيين:

أحدُهما: أن تقول المطلَّقةُ ثلاثاً: «انقضت عدَّتي، وتزوَّجتُ بزوج آخَرَ، ودَخَل بي الزَّوجُ الثاني». =

وكذلكَ لو قال: «إنْ كُنتِ تُحبِّينَ أنْ يُعَذِّبَكِ اللهُ في نارِ جَهَنَّمَ فَأنتِ طالِقٌ وعَبدِي حُرٌّ»، فقالت: «أحِبُّه»، أو قال: «إنْ كُنتِ تُحبِّيني فأنتِ طالِقٌ، وهَذهِ مَعَكِ»، فقالت: «أحِبُّكَ»، طَلُقَتْ هي ولم يَعتِقِ العَبدُ ولا تَطْلُقُ صاحِبَتُها، وإذا قال لها: «إذا حِضْتِ فَأنتِ طالِقٌ»، فَرأتِ الدَّمَ لم يَقعِ الطَّلاقُ حتَّى يَسْتَمِرَّ بها ثَلاثَةَ أيَّامٍ، فإذا تَمَّتْ ثَلاثَةُ أيَّامٍ حَكَمْنا بِالطَّلاقِ مِنْ حَين حاضَتْ، ....

بل هي متَّهمة[1] فلا يُقبل قولُها في حقِّها.

(وكذلكَ لو قال: «إنْ كُنتِ تُحبِّينَ أنْ يُعَذِّبَكِ اللهُ في نارِ جَهَنَّمَ فَأنتِ طالِقٌ وعَبدِي حُرٌّ»، فقالت: «أحِبُّه»، أو قال: «إنْ كُنتِ تُحبِّيني فأنتِ طالِقٌ، وهَذهِ مَعَكِ»، فقالت: «أحِبُّكَ»، طَلُقَتْ هي ولم يَعتِقِ العَبدُ ولا تَطْلُقُ صاحِبَتُها)؛ لِما بيَّنَّا[2]، ولا يُتيقَّنُ بكذبها؛ لأنَّها لشدَّةِ بُغضِها إيَّاه قد تُحبُّ التَّخليصَ منه بالعذاب، وفي حقِّها[3] أنْ[4] تعلَّقَ الحكمُ بإخبارها وإن كانت كاذبةً، وفي حقِّ غيرِها بَقِي الحكمُ على الأصلِ وهي المحبَّةُ.

(وإذا قال لها: «إذا حِضْتِ فَأنتِ طالِقٌ»، فَرأتِ الدَّمَ لم يَقعِ الطَّلاقُ حتَّى يَسْتَمِرَّ بها ثَلاثَةَ أيَّام)؛ لأنَّ ما يَنقطِعُ دونَها لا يكونُ حيضاً، (فإذا تَمَّتْ ثَلاثَةُ أيَّامٍ حَكَمْنا بِالطَّلاقِ مِنْ حين حاضَتْ)؛ لأنَّه بالامتدادِ عُرِف أنَّه من الرَّحِمِ، فكان حيضاً من الابتداء.

= والثاني: أن يُقبل قولُها في حقِّ حِلِّ الجماع وحُرمتِهِ بِقَولها: «أنا طاهرٌ أو حائض».

(1) أي: لأنَّها ليست بأمينة في حقِّ ضرَّتها.

(2) إشارة إلى قوله: «أمينة في حقِّ نفسها، شاهدةٌ في حقِّ ضرَّتها».

(3) أي: المخاطَبة.

(4) في البناية: «أن» بفتح الهمزة يجوز أن تكون زائدة، ويجوز أن تكون مصدريَّة، وأن تكون مخفَّفةً من الثَّقيلة على أنَّ ضمير الشَّأن مستترٌ فيها.

ولو قال لها: «إذا حِضْتِ حَيْضَةً فَأنتِ طالِقٌ»، لم تَطْلُقْ حَتَّى تَطْهُرَ مِنْ حَيْضَتِها. وإذا قال: «أنتِ طالِقٌ إذا صُمْتِ يوماً»، طَلُقَتْ حينَ تَغِيبُ الشَّمسُ في اليومِ الذي تَصُومُ. ومَن قال لامرأتِهِ: «إذا وَلَدتِ غُلاماً فَأنتِ طالِقٌ واحِدَةً، وإذا وَلَدتِ جارِيةً فأنتِ طالِقٌ ثِنْتَينِ»، فَوَلَدَتْ غُلاماً وجارِيةً، ولا يُدرى أيُّهما أوَّل، لَزِمَهُ في القَضاءِ تَطليقَةٌ، وفي التَّنَزُّهِ تَطليقتانِ، وانقَضَتِ العِدَّةُ بِوَضْعِ الحَمْلِ.

(ولو قال لها: «إذا حِضْتِ حَيْضَةً فَأنتِ طالِقٌ»، لم تَطْلُقْ حَتَّى تَطْهُرَ مِنْ حَيْضَتِها)؛ لأنَّ الحيضةَ - بالهاء - هي الكامِلَةُ منها، ولهذا حُمِل عليه في حديث الاستبراء[1]، وكمالُها بانتهائها، وذلك بالطُّهر.

(وإذا قال: «أنتِ طالِقٌ إذا صُمْتِ يَوماً»، طَلُقَتْ حينَ تَغِيبُ الشَّمسُ في اليومِ الذي تَصُومُ)؛ لأنَّ اليومَ إذا قُرن بِفِعلٍ مُمتَدٍّ يُرادُ به بياضُ النَّهار، بخلاف ما إذا قال لها: «إذا صمتِ»، لأنَّه لم يُقدِّره بمعيار، وقد وُجِد الصَّومُ بركنه وشَرْطه.

(ومَن قال لامرأتِهِ: «إذا وَلَدتِ غُلاماً فَأنتِ طالِقٌ واحِدَةً، وإذا وَلَدتِ جارِيةً فأنتِ طالِقٌ ثِنْتَينِ»، فَوَلَدَتْ غُلاماً وجارِيةً، ولا يُدرى أيُّهما أوَّل، لَزِمَهُ في القَضاءِ تَطليقَةٌ، وفي التَّنَزُّهِ تَطليقتان، وانقَضَتِ العِدَّةُ بِوَضْعِ الحَمْلِ)؛ لأنَّها لو ولَدَت الغلامَ أوَّلاً وقعت واحدةٌ وتنقضي عدَّتُها بوضعِ الجاريةِ، ثمَّ لا تقعُ أخرى به؛ لأنَّه حالَ انقضاءِ العدَّةِ.

ولو ولدَتِ الجاريةَ أوَّلاً وقعَتْ تطليقتان وانقضت عِدَّتُها بِوَضعِ الغلام، ثمَّ لا يقعُ شيءٌ آخَرُ به؛ لِما ذكرنا أنَّه حالَ انقضاءِ العِدَّة، فإذاً في حالٍ تقعُ واحدةٌ وفي حالٍ تقعُ ثِنتان، فلا تقعُ الثَّانيةُ بالشَّكِّ والاحتمالِ، والأَولى أن يُؤخَذ بالثِّنتين تنزُّهاً واحتياطاً، والعِدَّةُ مُنقضيةٌ بيقين لِما بيَّنَّا.

---

(١) أخرج أبو داود في النكاح، باب: في وطء السبايا (٢١٥٧)، والترمذي في السير، باب: ما جاء في كراهية وطء الحبالى من السبايا (١٥٦٤)، والحاكم (٢/ ٢١٢) (٢٧٩٠) عن أبي سعيد الخدري ورفعه أنَّه قال في سبايا أوطاس: «لا تُوطأ حاملٌ حتَّى تَضَعَ، ولا غيرُ ذاتِ حَملٍ حتَّى تَحيض حيضةً».

وإنْ قال لها: «إنْ كَلَّمتِ أبا عَمرٍو وأبا يُوسُفَ، فأنتِ طالِقٌ ثَلاثاً»، ثمَّ طَلَّقَها واحِدَةً فَبانَتْ وانْقَضَتْ عِدَّتُها، فَكَلَّمَتْ أبا عَمرٍو ثُمَّ تزَوَّجَها، فَكَلَّمَتْ أبا يُوسُفَ فَهِي طالِقٌ ثَلاثاً مَعَ الواحِدَةِ الأولى، وقال زفر: لا يَقَعُ. ....

(وإنْ قال لها: «إنْ كَلَّمتِ أبا عَمرٍو وأبا يُوسُفَ، فأنتِ طالِقٌ ثَلاثاً»، ثمَّ طَلَّقَها واحِدَةً فَبانَتْ وانْقَضَتْ عِدَّتُها، فَكَلَّمَتْ أبا عَمرٍو ثُمَّ تزَوَّجَها، فَكَلَّمَتْ أبا يُوسُفَ فَهِي طالِقٌ ثَلاثاً مَعَ الواحِدَةِ الأولى. وقال زفر: لا يَقَعُ)، وهذه على وُجُوه:

- أمَّا إنْ وُجِد الشَّرطانِ في المِلك فيقعُ الطَّلاقُ، وهذا ظاهرٌ.

- أو وُجِدا في غيرِ المِلكِ فلا يقعُ.

- أو وُجِد الأوَّلُ في المِلكِ والثَّاني في غيرِ الملكِ، فلا يقعُ أيضاً؛ لأنَّ الجزاءَ لا ينزِلُ في غيرِ المِلك، فلا يَقعُ.

- أو وُجِدَ الأوَّلُ في غيرِ المِلكِ والثَّاني في المِلك، وهي مسألةُ الكتابِ الخلافيَّةُ.

له: اعتبارُ الأوَّلِ بالثَّاني؛ إذْ هما في حكمِ الطَّلاقِ كشيءٍ واحدٍ[1].

ولنا: أنَّ صحَّةَ الكلام بأهليَّةِ المُتكلِّم، إلَّا أنَّ المِلكَ يُشترَطُ حالةَ التَّعليقِ لِيَصيرَ الجزاءُ غالبَ الوجودِ لاستصحاب الحالِ، فتصحُّ اليمينُ، وعندَ تمامِ الشَّرطِ[2] لِيَنزلَ الجزاءُ؛ لأنَّه لا يَنزلُ إلَّا في المِلك، وفيما بين ذلك الحالُ حالُ بقاءِ اليمين، فيستغني عن قيامِ المِلك، إذ بقاؤه بمحلِّه، وهو الذِّمَّة.

---

(١) يعني: من حيثُ إنَّ الطَّلاقَ لا يقع إلا بهما، فصار الشَّرطانِ بمنزلةِ شرطٍ واحدٍ، ولو كان شرطاً واحداً لَما وقع بدون الملك، فكذلك هذا. عناية.

(٢) قوله: «وعند تمام الشَّرط ...» معطوف على قوله: «حالة التَّعليق»، أي: المِلكُ يُشترطُ وجودُهُ حالةَ التَّعليق، وكذا يُشترط وجوده عند تمام الشَّرط.

وإنْ قال لها: «إنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأنتِ طالِقٌ ثَلاثاً»، فطلَّقَها ثِنْتَينِ، وتزَوَّجَتْ زَوْجاً آخَرَ ودَخَلَ بِها، ثمَّ عادَتْ إلى الأوَّلِ فدَخَلَتِ الدَّارَ، طَلُقَتْ ثلاثاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: هي طالِقٌ ما بَقِيَ مِنَ الطَّلَقاتِ. وإنْ قال لها: «إنْ دَخلتِ الدَّارَ فَأنتِ طالِقٌ ثَلاثاً»، ثمَّ قال لها: «أنتِ طالِقٌ ثَلاثاً»، فَتَزَوَّجَتْ غَيْرَهُ ودَخَلَ بها، ثُمَّ رَجَعَتْ إلى الأوَّلِ فَدَخلَتِ الدَّارَ، لم يَقَعْ شَيءٌ. ....

(وإنْ قال لها: «إنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فأنتِ طالِقٌ ثَلاثاً»، فَطلَّقَها ثِنْتَينِ، وتَزَوَّجَتْ زَوْجاً آخَرَ ودَخَلَ بِها، ثمَّ عادَتْ إلى الأوَّلِ فَدَخَلَتِ الدَّارَ، طَلُقَتْ ثَلاثاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: هي طالِقٌ ما بَقِيَ مِنَ الطَّلَقاتِ)، وهو قولُ زفر رَحِمَهُ اللهُ.

وأصلُه[1]: أنَّ الزَّوج الثَّاني يَهدمُ ما دونَ الثَّلاث عندهما، فتعودُ إليه بالثَّلاث. وعند محمد وزفر رَحِمَهُمَا اللهُ: لا يَهدِم ما دونَ الثَّلاث، فَتعود إليه بما بَقِي، وسنبيِّنُ مِنْ بعد إن شاء الله تعالى[2].

(وإنْ قال لها: «إنْ دَخلتِ الدَّارَ فَأنتِ طالِقٌ ثَلاثاً»، ثمَّ قال لها: «أنتِ طالِقٌ ثَلاثاً»، فَتزَوَّجتْ غَيْرَهُ ودخَلَ بها، ثُمَّ رَجعَتْ إلى الأوَّلِ فَدَخلَتِ الدَّارَ، لم يَقَعْ شَيءٌ)، وقال زفر رَحِمَهُ اللهُ: يقعُ الثَّلاثُ؛ لأنَّ الجزاءَ ثلاثٌ مُطلَقٌ لإطلاقِ اللَّفظ، وقد بقي احتمالُ وُقُوعِها[3]، فتبقى اليمينُ.

ولنا: أنَّ الجزاءَ طَلَقاتُ هذا المِلكِ؛ لأنَّها هي المانِعَة؛ لأنَّ الظَّاهرَ عدمُ ما يَحدُثُ، واليمينُ تُعقَدُ للمنعِ أو الحَملِ، وإذا كان الجزاءُ ما ذكرناه وقد فات[4] بِتَنجيزِ الثَّلاثِ المُبطِل للمَحلِّيَّة، فلا تبقى اليمنُ، بخلافِ ما إذا أبانها؛ لأنَّ الجزاءَ باقٍ لبقاءِ مَحلِّه.

---

(١) أي: أصل هذا الخلاف.

(٢) أي: في آخر فصل «ما تحل به المطلقة»، انظر ص (١٩٥).

(٣) أي: بنكاحها ثانياً بعد تزوُّجِها بزوجٍ آخر. عناية.

(٤) أي: الجزاء.

ولو قال لامرأتِهِ: «إذا جامَعْتُكِ فَأنتِ طالِقٌ ثَلاثاً» فَجامَعَها، فَلمَّا التَقى الخِتانانِ طَلُقَتْ ثَلاثاً، وإنْ لَبِثَ ساعَةً لم يَجِبْ عليه المَهرُ، وإنْ أخْرَجَهُ ثُمَّ أدْخَلَهُ وَجَبَ عليه المَهرُ، وعن أبي يوسف: أنَّه أوجَبَ المَهرَ في الفَصلِ الأوَّلِ أيضاً.

(ولو قال لامرأتِهِ: «إذا جامَعْتُكِ فَأنتِ طالِقٌ ثَلاثاً» فَجامَعَها، فَلمَّا التَقى الخِتانانِ طَلُقَتْ ثَلاثاً، وإنْ لَبِثَ ساعَةً لم يَجِبْ عليه المَهرُ، وإنْ أخْرَجَهُ ثُمَّ أدْخَلَهُ وَجَبَ عليه المَهرُ)، وكذا إذا قال لأمته: «إذا جامعتُكِ فأنتِ حُرَّةٌ».

(وعن أبي يوسف رحمه الله: أنَّه أوجَبَ المَهرَ في الفَصلِ الأوَّلِ أيضاً)؛ لِوُجودِ الجِماعِ بِالدَّوامِ عليه، إلَّا أنَّهُ لا يَجِبُ عليه الحَدُّ لِلاتِّحادِ.

وجهُ الظَّاهر:

أنَّ الجماعَ إدخالُ الفَرجِ في الفَرجِ، ولا دوامَ للإدخالِ[1]، بخلاف ما إذا أخرج ثمَّ أولَجَ؛ لأنَّه وُجِد الإدخالُ بعد الطَّلاق، إلَّا أنَّ الحدَّ لا يجبُ بشبهةِ الاتِّحادِ بالنَّظر إلى المجلسِ والمقصودِ[2]، وإن لم يجبِ الحَدُّ وجب العُقرُ[3]؛ إذِ الوطءُ لا يخلو عن أحدهما.

ولو كان الطَّلاقُ رجعيّاً يَصيرُ مُراجِعاً باللُّبث عند أبي يوسف رحمه الله خلافاً لمحمَّد رحمه الله؛ لوجودِ المَساس، ولو نَزَعَ ثمَّ أولج صار مُراجِعاً بالإجماع؛ لِوجودِ الجماع، والله تعالى أعلم بالصَّواب.

---

(١) معناه: أنَّ للدَّوامِ حكمَ الابتداءِ فيما له دوامٌ، والجماعُ هو الإدخالُ، ولا دوام له. عناية.

(٢) أي: اتِّحاد الإيلاج الحلال مع اللُّبث الحرام من حيث المقصود، وهو قضاء الشَّهوة، فكان الجماع واحداً من وجه، وأوَّلُه غيرُ موجِب للحدِّ، فسقط الحدُّ ووجَب العقرُ؛ لأنَّ الوطء الحرام لا يخلو عن حدٍّ أو عُقرٍ.

(٣) «العُقر» مهرُ المرأةِ إذا وُطِئت بشبهةٍ، والمرادُ به مهرُ المثل. عناية.

فصل في الاستثناء

وإذا قال الرَّجلُ لامرأته: «أنتِ طالِقٌ إنْ شاءَ اللهُ تعالى» مُتَّصلاً، لم يَقَعِ الطَّلاقُ، ولو سَكَتَ يَثبُتُ حُكمُ الكَلامِ الأوَّلِ، وكذا إذا ماتَتْ قَبلَ قَولِهِ: «إن شاءَ اللهُ تعالى».

(فصل في الاستثناء)

(وإذا قال الرَّجلُ لامرأته: «أنتِ طالِقٌ إنْ شاءَ اللهُ تعالى» مُتَّصلاً، لم يَقَع الطَّلاقُ)؛ لقوله ﷺ: «مَن حَلَف بِطلاقٍ أو عِتاقٍ وقال: إن شاء اللهُ تعالى متَّصلاً به فلا حِنْثَ عليه[1]»، ولأنَّه أتى بصورةِ الشَّرط[2] فيكون تعليقاً من هذا الوجه، وأنَّه[3] إعدامٌ قبل الشَّرطِ، والشَّرطُ لا يُعلَم ههنا فيكونُ إعداماً من الأصلِ، ولهذا يُشترطُ أن يكون متَّصلاً به بمنزلةِ سائرِ الشُّروط، (ولو سَكَتَ يَثبُتُ حُكمُ الكَلامِ الأوَّلِ)، فيكون الاستثناءُ أو ذِكرُ الشَّرطِ بعدَهُ رُجوعاً عن الأوَّل.

قال: (وكذا إذا ماتَتْ قَبلَ قَولِهِ: «إن شاءَ اللهُ تعالى»)؛ لأنَّ بالاستثناءِ خرج الكلامُ مِنْ أن يكونَ إيجاباً، والموتُ يُنافي المُوجَبَ دونَ المُبطِل[4]، بخلاف ما إذا مات الزَّوجُ؛ لأنَّه لم يتَّصلْ به الاستثناءُ.

---

(١) قال الزيلعي (٣/ ٢٣٤): غريب بهذا اللفظ.
أخرج الترمذي في النذور والأيمان، باب: الاستثناء في اليمين (١٥٣١)، والنسائي في الصغرى، كتاب الأيمان والنذور، باب: الاستثناء (٣٨٢٨)، وأبو داود في الأيمان والنذور، باب: الاستثناء في اليمين (٣٢٦١) عن ابن عمر: أنَّ رسول الله ﷺ قال: «مَن حَلَفَ على يمين فقال: إن شاء الله، فقد استثنى، فلا حِنثَ عليه». واللفظ للترمذي.

(٢) أي: بحرف الشَّرط صريحاً دونَ حقيقته؛ لأنَّ حقيقة الشَّرط عبارةٌ عمَّا يكون على خَطَرٍ وتَردُّد، ومشيئةُ اللهِ ليست كذلك لِثُبوتها قطعاً أو انتفائها كذلك، وما هو كذلك فهو تعليقٌ. عناية.

(٣) أي: التَّعليق.

(٤) قولُه: «والموتُ يُنافي ...» إلى آخره جوابٌ عن سؤالٍ مُقدَّر، هو: أنَّ الموتَ يُنافي الواقعَ من الطَّلاق، حتَّى لو قال لها: «أنت طالقٌ، أو طالقٌ ثلاثاً» فماتت قبلَ الوصفِ أو العددِ، لا يقع، فينبغي أن يُنافي الاستثناءَ - وهو المبطل - فيقع الطَّلاق.
أجاب: بأنَّ الموتَ يُنافي الموجِبَ فيبطل به، ويُناسِب الاستثناءَ فلا يبطل به.

وإنْ قال: «أنتِ طالِقٌ ثلاثاً إلّا واحدةً»، طَلُقَتْ ثِنْتَينِ. وإنْ قال: «أنتِ طالِقٌ ثَلاثاً إلّا ثِنْتَينِ» طَلُقَتْ واحِدَةً.

(وإنْ قال: «أنتِ طالِقٌ ثلاثاً إلّا واحدةً»، طَلُقَتْ ثِنْتَينِ. وإنْ قال: «أنتِ طالِقٌ ثَلاثاً إلّا ثِنْتَينِ» طَلُقَتْ واحِدَةً).

والأصل: أنَّ الاستثناءَ تَكلُّمٌ بالحاصل بعدَ الثُّنيا، هو الصَّحيح، ومعناه: أنَّه تَكلُّمٌ بالمستثنى منه، إذ لا فرقَ بين قولِ القائلِ: «لفلانٍ عليَّ درهمٌ» وبينَ قوله: «عشرٌ إلّا تسعةً»، فيصحُّ استثناءُ البعضِ من الجملةِ؛ لأنَّه يبقى التَّكلُّمُ بالبعض بعده، ولا يصحُّ استثناءُ الكلِّ من الكلِّ؛ لأنَّه لا يبقى بعدَهُ شيءٌ لِيَصيرَ متكلِّماً به وصارِفاً للَّفظ إليه، وإنَّما يصحُّ الاستثناءُ إذا كان مَوُصولاً به، كما ذكرنا من قبلُ.

وإذا ثبت هذا ففي الفصلِ الأوَّلِ المُستثنى منه ثِنتان فَيَقعان، وفي الثَّاني واحدةٌ فتقَعُ واحدةٌ.

ولو قال: «إلّا ثلاثاً» يقع الثَّلاثُ؛ لأنَّه استثناءُ الكلِّ مِنَ الكلِّ، فلم يصحَّ الاستثناءُ، والله أعلم .

باب طلاق المريض

وإذا طَلَّقَ الرَّجُلُ امرأتَهُ في مَرَضِ مَوْتِهِ طَلاقَاً بائِناً، فَماتَ وهيَ في العِدَّةِ وَرِثَتْهُ، وإنْ ماتَ بَعْدَ انقضاءِ العِدَّةِ فلا مِيراثَ لها، ....

(باب طلاق المريض)

(وإذا طَلَّقَ الرَّجُلُ امرأتَهُ في مَرَضِ مَوْتِهِ طَلاقَاً بائِناً[1]، فَماتَ وهيَ في العِدَّةِ وَرِثَتْهُ، وإنْ ماتَ بَعْدَ انقضاءِ العِدَّةِ فلا مِيراثَ لها).

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ[2]: لا تَرِث في الوجهين؛ لأنَّ الزَّوجيَّةَ قد بَطَلت بهذا العارِض، وهي[3] السَّببُ، ولهذا لا يَرِثُها إذا ماتت.

ولنا: أنَّ الزَّوجيَّةَ سببُ إرثِها في مرضِ موتِهِ، والزَّوجُ قَصَد إبطالَهُ، فَيُرَدُّ عليه قَصْدُه بتأخيرِ عَملِهِ إلى زمانِ انقضاءِ العِدَّة، دفعاً للضَّرر عنها، وقد أمكَنَ؛ لأنَّ النِّكاحَ في العِدَّة يبقى في حقِّ بعضِ الآثار[4]، فجاز أن يبقى في حقِّ إرثِها عنه، بخلاف ما بعد الانقضاءِ؛ لأنَّه لا إمكان[5]، والزَّوجيَّةُ في هذه الحالةِ[6] ليست بسببٍ لإرثِهِ عنها، فَتَبطُلُ في حقِّه خُصوصاً إذا رضي به.

---

(١) وكذا الحكمُ في الطَّلاق الرَّجعيِّ، ولعلَّه قيَّد الحكمَ بالبائن ليدخل الرَّجعيُّ بالطَّريق الأولى، إلا أنَّ الطَّلاقَ إذا كان رجعيَّاً كان تَوريثُها منه باعتبار أنَّ حكمَ النِّكاح باقٍ من كلِّ وجهٍ، لا باعتبار الفِرار.

(٢) قال النووي في روضة الطالبين (٦/ ٦٧) ط الكتب العلمية: طلاقُ المريضِ في الوقوعِ كطلاقِ الصَّحيحِ، ثمَّ إن كان رجعيَّاً، بقي التَّوارثُ بينهما ما لم تَنقضِ عدَّتها، فإن مات أحدُهُما قبلَ انقضاءِ عدَّتها ورِثَهُ الآخَرُ، وبعدَ انقضائها لا يرثه. ولو طلَّقها في مرضِ موتِهِ طلاقاً بائناً، ففي كونه قاطعاً للميراث قولان، الجديدُ: يقطَعُ، وهو الأظهر، والقديم: لا يقطع. اهـ.

(٣) أي: الزَّوجيَّة هي سبب الميراث.

(٤) من حرمةِ التَّزوُّج، وحرمةِ الخروج من البيت، وحرمةِ نكاحِ الأختِ، وحرمةِ نكاح الأربع سواها.

(٥) أي: لا إمكانَ لتأخير عمل الطَّلاق؛ لعدم بقاء النِّكاح أصلاً.

(٦) حالة كون الزَّوج مريضاً مرض الموت.

وإنْ طَلَّقَها ثَلاثاً بِأمْرِها، أو قال لها: «اختارِي» فَاختارَتْ نَفْسَها، أوِ اختَلَعَتْ مِنهُ ثمَّ ماتَ وهي في العِدَّةِ، لم تَرِثْهُ. وإنْ قال لها في مَرَضِ مَوتِهِ: «كُنتُ طَلَّقتُكِ ثَلاثاً في صِحَّتي، وَانقَضَتْ عِدَّتُكِ» فَصَدَّقَتْهُ، ثمَّ أقَرَّ لها بِدَينٍ، أو أوْصَى لها بِوَصِيَّةٍ، فَلَها الأقَلُّ مِنْ ذلكَ ومِنَ الميراثِ عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: يَجُوزُ إقرارُهُ وَوَصِيَّتُهُ. وإنْ طَلَّقَها ثَلاثاً في مَرَضِهِ بِأمْرِها ثُمَّ أقَرَّ لها بِدَينٍ، أو أوْصَى لها بِوَصِيَّةٍ، فَلَها الأقَلُّ مِنْ ذلكَ ومِنَ الميراثِ في قَوْلِهِم جَميعاً. ....

(وإنْ طَلَّقَها ثَلاثاً بِأمْرِها، أو قال لها: «اختارِي» فَاختارَتْ نَفْسَها، أوِ اختَلَعَتْ مِنهُ ثمَّ ماتَ وهي في العِدَّةِ لم تَرِثْهُ)؛ لأنَّها رضيت بإبطالِ حقِّها، والتَّأخيرُ لحقِّها.

وإن قالت: «طلِّقني لِلرَّجعةِ» فطلَّقها ثلاثاً وَرِثَته؛ لأنَّ الطَّلاقَ الرَّجعيَّ لا يُزيلُ النِّكاحَ، فلم تكن بِسؤالِها راضيةً بِبُطلانِ حقِّها.

(وإنْ قال لها في مَرَضِ مَوتِهِ: «كُنتُ طَلَّقتُكِ ثَلاثاً في صِحَّتي، وَانقَضَتْ عِدَّتُكِ» فَصَدَّقَتْهُ، ثمَّ أقَرَّ لها بِدَينٍ، أو أوْصَى لها بِوَصِيَّةٍ، فَلَها الأقَلُّ مِنْ ذلكَ ومِنَ الميراثِ عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: يَجُوزُ إقرارُهُ وَوَصِيَّتُهُ).

(وإنْ طَلَّقَها ثَلاثاً في مَرَضِهِ بِأمْرِها ثُمَّ أقَرَّ لها بِدَينٍ، أو أوْصَى لها بِوَصِيَّةٍ، فَلَها الأقَلُّ مِنْ ذلكَ ومِنَ الميراثِ في قَوْلِهِم جَميعاً)، إلَّا على قول زفر رحمه الله، فإنَّ لها جميعَ ما أوصى وما أقَرَّ به؛ لأنَّ الميراثَ لمَّا بَطَل بِسؤالِها زالَ المانعُ من صِحَّةِ الإقرارِ والوَصيَّةِ.

وجهُ قولهما في المسألة الأولى:

أنَّهما لمَّا تَصادَقا على الطَّلاقِ وانقضاءِ العِدَّةِ صارتْ أجنبيَّةً عنه، حتَّى جاز له أن يَتزوَّجَ أختَها، فانعدمَتِ التُّهمةُ، ألا ترى أنَّه تُقبَلُ شهادتُهُ لها، ويجوزُ وَضْعُ الزَّكاة فيها.

وَمَنْ كانَ مَحصُوراً، أو في صَفِّ القِتالِ، فَطَلَّقَ امرأتَهُ ثَلاثاً لَمْ تَرِثْهُ. وإنْ كانَ قَدْ بارَزَ رَجُلاً أو قُدِّمَ لِيُقتَلَ في قِصاصٍ أو رَجْمٍ، وَرِثَتْ إنْ ماتَ في ذلكَ الوَجْهِ أو قُتِلَ.

بخلاف المسألةِ الثَّانية؛ لأنَّ العِدَّةَ باقيةٌ وهي سببُ التُّهمة[1]، والحكمُ[2] يُدارُ على دليل التُّهمةِ، ولهذا يُدار على النِّكاحِ والقَرابة[3]، ولا عدَّةَ في المسألة الأولى.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ في المسألتين: أنَّ التُّهمةَ قائمةٌ؛ لأنَّ المرأةَ قد تَختارُ الطَّلاقَ لِيَنفتِحَ بابُ الإقرارِ والوصيَّةِ عليها، فَيزيدُ حقُّها، والزَّوجانِ قد يَتواضعانِ على الإقرارِ بالفُرقةِ وانقضاءِ العدَّةِ، لِيَبرَّها الزَّوجُ بمالِهِ زيادةً على ميراثها، وهذه التُّهمةُ في الزِّيادةِ فَرَدَدْناها، ولا تُهمةَ في قَدْرِ الميراثِ فصحَّحناه، ولا مُواضَعَةَ عادةً في حقِّ الزَّكاةِ والتَّزوُّجِ والشَّهادة، فلا تُهمةَ في حقِّ هذه الأحكام.

قال: (وَمَنْ كانَ مَحصُوراً، أو في صَفِّ القِتالِ، فَطَلَّقَ امرأتَهُ ثَلاثاً لَمْ تَرِثْهُ. وإنْ كانَ قَدْ بارَزَ رَجُلاً أو قُدِّمَ لِيُقتَلَ في قِصاصٍ أو رَجْمٍ، وَرِثَتْ إنْ ماتَ في ذلكَ الوَجْهِ أو قُتِلَ).

وأصلُه ما بيَّنَّا: أنَّ امرأةَ الفارِّ تَرِثُ استحساناً، وإنَّما يَثبُتُ حكمُ الفِرار بِتعَلُّقِ حقِّها بمالِهِ، وإنَّما يتعلَّقُ بمرضٍ يُخافُ منه الهلاكُ غالباً، كما إذا كان صاحبَ فراشٍ، وهو أن يكونَ بحالٍ لا يقومُ بحوائجِهِ كما يَعتادُه الأصحَّاءُ.

وقد يَثبُتُ حكمُ الفِرار بما هو في معنى المَرَضِ في تَوجُّه الهلاكِ الغالِبِ، وما يكونُ الغالبُ منه السَّلامةَ لا يَثبُتُ به حكمُ الفِرار، فالمحصورُ والذي في صفِّ القتالِ الغالبُ منه السَّلامةُ؛ لأنَّ الحِصنَ لِدَفعِ بأسِ العَدوِّ، وكذا المَنَعَةُ، فلا يَثبُتُ به حكمُ الفِرار.

---

(١) أي: العدَّةُ سببُ تُهمة إيثارِ الزَّوجِ الزَّوجةَ على سائر الورثة بزيادةِ نَصيبِها كما في حقيقة الزَّوجيَّة.

(٢) وهو عدَمُ صحَّةِ الإقرارِ والوصيَّة.

(٣) فلا تجوزُ وصيَّتُه ولا إقرارُهُ لمنكوحته وذوي قرابته.

وإذا قال الرَّجُلُ لامرأتِهِ وهو صحيحٌ: «إذا جاءَ رأسُ الشَّهرِ»، أو «إذا دَخلتِ الدَّارَ»، أو «إذا صَلَّى فُلانٌ الظُّهرَ»، أو «إذا دَخَلَ فُلانٌ الدَّارَ فَأنتِ طالِقٌ »، فكانتْ هَذِهِ الأشياءُ والزَّوْجُ مَرِيضٌ لم تَرِثْ، وإنْ كانَ القَوْلُ في المَرَضِ وَرِثَتْ إلَّا في قَوْلِهِ: «إذا دَخَلْتِ الدَّارَ». ....

والذي بارزَ أو قُدِّم لِيُقتَلَ الغالبُ منه الهلاكُ، فيتحقَّقُ به الفِرار، ولهذا أخواتٌ تُخرَّجُ على هذا الحرف[1].

وقوله: «إذا ماتَ في ذلك الوجهِ، أو قُتل» دليلٌ على أنَّه لا فرق بينَ ما إذا مات بذلك السَّببِ أو بسببٍ آخَرَ، كصاحبِ الفِراشِ بسببِ المرضِ إذا قُتِل.

(وإذا قال الرَّجُلُ لامرأتِهِ وهو صحيحٌ: «إذا جاءَ رأسُ الشَّهرِ»، أو «إذا دَخلتِ الدَّارَ» أو «إذا صَلَّى فُلانٌ الظُّهرَ»، أو «إذا دَخَلَ فُلانٌ الدَّارَ فَأنتِ طالِقٌ[2]»، فكانتْ[3] هَذِهِ الأشياءُ والزَّوْجُ مَرِيضٌ لم تَرِثْ، وإنْ كانَ القَوْلُ في المَرَضِ وَرِثَتْ إلَّا في قَوْلِهِ: «إذا دَخَلْتِ الدَّارَ»)، وهذا على وجوه: إمَّا أنْ يُعلِّقَ الطَّلاقَ بِمَجيء الوقتِ، أو بِفِعل الأجنبيِّ، أو بفعل نفسِهِ، أو بفعلِ المرأةِ، وكلُّ وجهٍ على وَجهين، أمَّا إنْ كان التَّعليقُ في الصِّحَّةِ والشَّرطُ في المرضِ، أو كلاهما في المَرَض.

أمَّا الوجهانِ الأوَّلان، وهو ما إن كان التَّعليقُ بِمَجيءِ الوقتِ، بأن قال: «إذا جاءَ رأسُ الشَّهرِ فأنتِ طالقٌ»، أو بفعلِ الأجنبيِّ بأن قال: «إذا دَخَلَ فلانٌ الدَّارَ، أو إذا صلَّى فلانٌ الظُّهرَ»:

---

(١) منها: راكبُ السَّفينة بمنزلة الصَّحيح، فإنْ تلاطَمَت الأمواجُ وخِيفَ الغَرَقُ صار كالمريض في هذه الحالة.
ومنها: المرأةُ الحاملُ فإنَّها كالصَّحيحة، فإذا أخذها الطَّلْق فهي كالمريضة.
ومنها: المُقعَدُ والمُفلُوج ما دام يزداد ما به فهو كالمريض، فإن صار بحيث لا يَزدادُ كان بمنزلة الصَّحيح في الطَّلاق وغيره؛ لأنَّه ما دام يَزدادُ في عِلَّته فالغالبُ أنَّ آخِرَه الموت، وإذا صارَ بحال لا يَزدادُ فلا يَخافُ منه لم يكن كذلك.

(٢) يعني: طلاقاً بائناً؛ لأنَّ حكمَ الفِرارِ إنَّما يُعطى إذا كان الطَّلاقُ بائناً. عناية.

(٣) «كانت» بمعنى وُجِدت، هي تامَّة لا تحتاج إلى خبر. عناية بتصرف.

- فإنْ كان التَّعليقُ والشَّرطُ في المرضِ فَلَها الميراثُ؛ لأنَّ القَصدَ إلى الفِرارِ قد تَحقَّق منه بمباشرةِ التَّعليقِ في حالِ تَعلُّقِ حقِّها بمالِهِ.

- وإن كان التَّعليقُ في الصِّحَّةِ والشَّرطُ في المرضِ لم تَرِث. وقال زفر رَحِمَهُ اللَّهُ: تَرِثُ؛ لأنَّ المعلَّقَ بالشَّرط يَنزِلُ عند وُجودِ الشَّرطِ كالمُنَجَّز، فكان إيقاعاً في المرض.

ولنا: أنَّ التَّعليقَ السَّابقَ يَصيرُ تَطليقاً عند الشَّرطِ حُكماً لا قَصداً[1]، ولا ظُلمَ إلَّا عن قَصدٍ، فلا يُرَدُّ تَصرُّفُه.

وأمَّا الوجهُ الثَّالث، وهو ما إذا علَّقه بفعلِ نفسِهِ، فسواءٌ كان التَّعليقُ في الصِّحَّةِ والشَّرطُ في المَرضِ، أو كانا في المرضِ والفِعلُ مِمَّا له منه بُدٌّ أو لا بُدَّ له منه، يَصيرُ فارًّا؛ لِوُجود قَصدِ الإبطالِ، إمَّا بالتَّعليق أو بمباشرةِ الشَّرط في المرض، وإن لم يكن له من فِعلِ الشَّرط بُدٌّ، فله من التَّعليقِ ألفُ بُدٍّ، فَيُرَدُّ تَصرُّفُه دفعاً للضَّرر عنها.

وأمَّا الوجهُ الرَّابعُ: وهو ما إذا علَّقَه بِفعلِها، فإن كان التَّعليقُ والشَّرطُ في المرضِ، والفِعلُ مِمَّا لها منه بُدٌّ ككلام زيدٍ ونحوه، لم تَرِثْ لأنَّها راضيةٌ بذلك[2]. وإنْ كان الفِعلُ مِمَّا لا بدَّ لها منه كأكلِ الطَّعام وصلاةِ الظُّهرِ وكلامِ الأبوين تَرِثُ؛ لأنَّها مضطرَّةٌ في المباشرة لِما لها في الامتناعِ من خَوفِ الهلاك في الدُّنيا أو في العُقبى، ولا رِضاً مع الاضطرار.

---

(١) يعني: من حيثُ الحكمُ، لا من حيثُ القصدُ. ويظهر ذلك بمسألتين:
إحداهما: أنَّه لو علَّقَ طلاقَ امرأتِهِ بالشَّرطِ، ثمَّ وُجِد وهو مجنونٌ، فإنَّه يقعُ مع أنَّ طلاقَ المجنونِ غيرُ واقعٍ، فدلَّ على أنَّه ليس بتطليقٍ قصداً.
والثَّانية: أنَّ الرَّجلَ إذا علَّقَ طلاقَ امرأتِهِ بِشَرطٍ، ثمَّ حلف أن لا يُطلِّقَ امرأتَهُ، ثمَّ وُجِد الشَّرطُ، لا يَحنَثُ، فلو كان تطليقاً قصداً لَحَنِث. عنايةٌ بزيادة.

(٢) يعني: صار كأنَّه طلَّقها بسؤالها؛ لِما أنَّ الرِّضا بالشَّرط رضاً بالمشروط. عناية.

وإذا طَلَّقَها ثَلاثاً وهو مَرِيضٌ، ثَمَّ صحّ ثُمَّ ماتَ، لم تَرِثْ. ....

وأمَّا إذا كان التَّعليقُ في الصِّحةِ والشَّرطُ في المرضِ، فإنْ كان الفعلُ مِمَّا لها منه بُدٌّ، فلا إشكالَ أنَّه لا ميراثَ لها، وإن كان مِمَّا لا بدَّ لها منه فكذلك الجوابُ عند محمَّد رَحِمَهُ اللَّهُ، وهو قولُ زفر؛ لأنَّه لم يُوجَد من الزَّوجِ صنعٌ بعدما تعلَّق حقُّها بماله.

وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَرِثُ؛ لأنَّ الزَّوجَ ألجأها إلى المباشرةِ[1]، فينتقل الفعلُ إليه كأنَّها آلةٌ كما في الإكراه.

قال: (وإذا طَلَّقَها ثَلاثاً وهو مَرِيضٌ، ثَمَّ صحَّ ثُمَّ ماتَ، لم تَرِثْ)، وقال زفر رَحِمَهُ اللَّهُ: تَرِث؛ لأنَّه قَصَد الفِرارَ حين أوقَعَ في المرضِ، وقد مات وهي في العدَّة. ولكنَّا نقول: المرضُ إذا تعقَّبَه بُرءٌ فهو بمنزلةِ الصِّحَّةِ؛ لأنَّه يَنعدِم به مرضُ الموتِ، فتبيَّنَ أنَّه لا حَقَّ لها يَتعلَّقُ بمالِهِ، فلا يَصيرُ الزَّوجُ فارّاً.

ولو طلَّقها فارتدَّتْ - والعياذُ بالله - ثمَّ أسلمت، ثمَّ مات الزَّوجُ من مَرَضِه وهي في العدَّة لم ترث. وإن لم تَرتَدَّ، بل طاوعتِ ابنَ زَوجِها في الجِماع وَرِثت.

ووجهُ الفَرْق: أنَّها بالرِّدَّةِ أبطلَتْ أهليَّةَ الإرثِ؛ إذ المرتدُّ لا يَرِث أحداً، ولا بقاءَ له بدونِ الأهليَّة، وبالمطاوَعَةِ ما أبطلَتِ الأهليَّةَ؛ لأنَّ المَحرميَّةَ لا تُنافي الإرثَ، وهو الباقي.

بخلافِ ما إذا طاوَعَت في حالِ قيامِ النِّكاح؛ لأنَّها تُثبتُ الفُرقَةَ، فتكونُ راضيةً بِبُطلانِ السَّببِ، وبعد الطَّلقاتِ الثَّلاثِ لا تَثبُت الحُرمةُ بالمطاوَعةِ لِتقدُّمها عليها، فافترقا.

---

(1) أي: إلى جَعلِ فِعلِها الذي لا بدَّ لها منه عِلَّةً لإسقاط حقِّها. بناية.

وَمَنْ قَذَفَ امْرَأَتَهُ وهو صَحِيحٌ وَلاعَنَ في المَرَضِ وَرِثَتْ، وقال محمد: لا تَرِثُ. وإِنْ كانَ القَذْفُ في المَرَضِ وَرِثَتْهُ في قَولِهِم جَمِيعاً. وإِنْ آلى منِ امرأتِهِ وهو صحيحٌ، ثمَّ بانَتْ بالإيلاءِ وهو مريضٌ لم تَرِثْ، وإِنْ كان الإيلاءُ أيضاً في المَرضِ وَرِثَتْ. والطَّلاقُ الذي يَملِكُ فيه الرَّجْعَةَ تَرِثُ بِهِ في جَمِيعِ الوُجُوهِ. وكُلُّ ما ذَكَرْنا أَنَّها تَرِثُ، إِنَّما تَرِثُ إذا ماتَ وهي في العِدَّةِ.

(ومَنْ قَذَفَ امْرَأَتَهُ وهو صَحِيحٌ وَلاعَنَ في المَرَضِ وَرِثَتْ، وقال محمد: لا تَرِثُ. وإِنْ كانَ القَذْفُ في المَرَضِ وَرِثَتْهُ في قَولِهِم جَمِيعاً)، وهذا مُلحَقٌ بالتَّعليق بِفعلٍ لا بُدَّ لها منه، إذ هي مُلجأةٌ إلى الخُصومةِ لِدَفْع عار الزِّنا عن نفسِها، وقد بيَّنَّا الوجهَ فيه[1].

(وإِنْ آلى منِ امرأتِهِ وهو صحيحٌ، ثمَّ بانَتْ بالإيلاءِ وهو مريضٌ لم تَرِثْ، وإِنْ كان الإيلاءُ أيضاً في المَرضِ وَرِثَتْ)؛ لأنَّ الإيلاءَ في معنى تعليقِ الطَّلاقِ بِمُضيِّ أربعةِ أشهرٍ خاليةٍ عن الوِقاعِ، فيكونُ مُلحَقاً بالتَّعليقِ بِمَجيء الوقتِ، وقد ذكرنا وجهه[2].

قال رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: (والطَّلاقُ الذي يَملِكُ فيه الرَّجْعَةَ تَرِثُ بِهِ في جَمِيعِ الوُجُوهِ[3])؛ لِما بَيَّنَّا أنَّه لا يُزيل النِّكاحَ حتَّى يحلَّ الوطءُ، فكان السَّببُ قائماً.

قال: (وكُلُّ ما ذَكَرْنا أَنَّها تَرِثُ، إِنَّما تَرِثُ إذا ماتَ وهي في العِدَّةِ) وقد بيَّنَّاه[4]، واللهُ تعالى أعلم بالصَّواب.

---

(١) أي: في الفعل الذي لا بدَّ لها منه، وهو قوله: «لأنَّها مضطرة في المباشرة». عناية.

(٢) يريد قوله: «ولنا أنَّ التَّعليق السابق يصير تطليقاً ...» انظر ص (١٧٦).

(٣) يعني: سواءٌ كان الطَّلاقُ بسؤالِها أو بغير سؤالها، وسواء كان التَّعليقُ بفعلِها أو بفعله، وسواءٌ كان الفعلُ ممَّا لها منه بُدٌّ أو لم يكن عناية.

(٤) أي: في أوَّل الباب بقوله: «وإذا طلَّق الرجلُ امرأته في مرض موتِهِ طلاقاً بائناً فمات...» انظر ص (١٧٦).

الرَّجعة

وإذا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرأتَهَ تَطلِيقَةً رجعيةً أو تَطلِيقَتَينِ، فَلَهُ أنْ يُراجِعَها في عِدَّتِها، رَضِيَتْ بِذَلِكَ أو لم تَرْضَ. والرَّجْعَةُ أنْ يَقُولَ: «راجَعْتُكِ، أو راجَعْتُ امرأتي» أو يَطَأها، أو يُقَبِّلَها، أو يَلْمَسَها بِشَهْوَةٍ، أو يَنْظُرَ إلى فَرْجِها بِشَهْوَةٍ. ....

(باب الرَّجعة[1])

(وإذا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرأتَهَ تَطلِيقَةً رجعيةً أو تَطلِيقَتَينِ، فَلَهُ أنْ يُراجِعَها في عِدَّتِها، رَضِيَتْ بِذَلِكَ أو لم تَرْضَ)؛ لقوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البَقَرَة: ٢٣١]، مِن غيرِ فَصْلٍ[2].

ولا بدَّ من قيامِ العِدَّةِ؛ لأنَّ الرَّجعةَ استدامةُ المِلكِ، ألا ترى أنَّه سُمِّي إمساكاً، وهو الإبقاءُ، وإنَّما تتحقَّقُ الاستدامةُ في العدَّةِ؛ لأنَّه لا مِلكَ بعد انقضائها.

(والرَّجْعَةُ أنْ يَقُولَ: «راجَعْتُكِ، أو راجَعْتُ امرأتي») وهذا صريحٌ في الرَّجعةِ، ولا خِلافَ فيه بين الأئمَّةِ.

قال: (أو يَطَأها، أو يُقَبِّلَها، أو يَلْمَسَها بِشَهْوَةٍ، أو يَنْظُرَ إلى فَرْجِها بِشَهْوَةٍ)، وهذا عندنا.

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ[3]: لا تصحُّ الرَّجعةُ إلَّا بالقولِ مع القدرةِ عليه؛ لأنَّ الرَّجعة

---

(١) «الرجعة» بالفتح والكسر، والفتحُ أفصح، وهي: عبارةٌ عن استدامة مِلكِ النِّكاح. عناية.

(٢) أي: النَّصُّ مطلَقٌ لم يُفصِّل بين رضى المرأة وعدمه، بل أثبت الرَّجعةَ مطلقاً.

(٣) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٣/ ٤٢٧-٤٢٨) ط دار الفكر: (وتَحصُلُ) الرَّجعةُ من ناطق (بِراجعتُكِ ورجَّعتك وارتَجعتُكِ)، وهذه الثَّلاثةُ صريحةٌ لِشُيوعها وَوُرودِ الأخبار بها، ويُلحَقُ بها كما في التَّتمَّة ما اشتُقَّ من لفظها، كقوله: «أنت مراجعة أو مرتجعة أو مسترجعة» أو نحو ذلك، وتحصُلُ الرَّجعةُ بمعنى هذه الألفاظ وما بعدها من سائر اللُّغات، سواءٌ أعرَفَ العربية أم لا، وسواءٌ أضاف إليه أو إلى نكاحِهِ كقوله: «إليَّ أو إلى نكاحي» أم لا، لكنَّه يُستحبُّ، (ولا تَحصُلُ) الرَّجعةُ بإنكارِ الزَّوجِ طلاقَها لِعَدَمِ دلالتِهِ عليها، ولا (بِفعلٍ كَوَطءٍ) ومُقدِّماته. اهـ مختصرا.

وَيُسْتَحَبُّ أنْ يُشْهِدَ على الرَّجْعَةِ شاهِدَيْنِ، فإنْ لم يُشهِدْ صَحَّتِ الرَّجعَةُ. ....

بمنزلةِ ابتداءِ النِّكاحِ، حتَّى يَحرُمُ وطؤها عنده.

وعندنا: هو استدامةُ النِّكاح - على ما بيَّنَّاه[١] وسنقرِّرُه إن شاء الله - والفِعلُ قد يَقَعُ دلالةً على الاستدامةِ كما في إسقاطِ الخيارِ[٢]، والدِّلالةُ فِعلٌ يختصُّ بالنِّكاح[٣]، وهذه الأفاعيلُ تختصُّ به خُصوصاً في حقِّ الحرَّة، بخلافِ المَسِّ والنَّظرِ بغير شهوةٍ؛ لأنَّه قد يَحِلُّ بدونِ النِّكاح، كما في القابِلَة والطَّبيبِ وغيرِهما، والنَّظرُ إلى غيرِ الفَرجِ قد يقعُ بين المُساكِنِين والزَّوجُ يُساكِنُها في العِدَّة، فلو كان رجعةً لطَلَّقها فتَطولُ العِدَّةُ عليها.

قال: (وَيُسْتَحَبُّ أنْ يُشْهِدَ على الرَّجْعَةِ شاهِدَيْنِ، فإنْ لم يُشهِدْ صَحَّتِ الرَّجعَةُ).

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ في أحد قوليه[٤]: «لا تصحُّ»، وهو قولُ مالكٍ رَحِمَهُ اللهُ[٥]؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىۡ عَدۡلٍ مِّنكُمۡ﴾ [الطَّلاق: ٢]، والأمرُ للإيجابِ.

ولنا: إطلاقُ النُّصوصِ عن قَيْدِ الإشهادِ، ولأنَّه استدامةٌ للنِّكاحِ، والشَّهادةُ

(١) أي: في قوله: «ألا ترى أنَّه سمِّي إمساكاً». قوله: «سنقرره إن شاء الله» أي: في آخر هذا الباب عند قوله: «والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء».

(٢) بيان هذا الدَّليل: الرَّجعة استدامةُ النِّكاح، والفعلُ قد يقع دليلاً على الاستدامة كما في إسقاط الخيار، فإنَّ مَن باع جاريةً على أنَّه بالخيار ثلاثةَ أيَّام، ثمَّ وَطِئها سَقط الخيارُ، كما إذا أسقط بالقول، فكذا الحال في الطَّلاق الرَّجعيِّ يدلُّ الوطءُ على استدامة النِّكاح.

(٣) أي: الدِّلالةُ تتحقَّق بفعلٍ مخصوصٍ بالنِّكاح لا بكلِّ فعلٍ، وهذه الأفاعيل - أي: النَّظر إلى الفرج الدَّاخل بشهوة، والمسِّ بشهوة، والتَّقبيل بشهوةٍ - تختصُّ بالنِّكاح.

(٤) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٣/ ٤٢٧) ط دار الفكر: (والجديدُ) وعبَّرَ في الرَّوضة بالأظهر (أنَّه لا يُشتَرَط) في الرَّجعة (الإشهادُ) بها؛ لأنَّها في حكمِ استدامةِ النِّكاح السَّابقِ، ولذلك لا يحتاجُ إلى الوليِّ ورضا المرأة. اهـ.

(٥) مذهب المالكيَّة: أنَّ الإشهاد على الإرجاعِ مندوبٌ، على المشهور من المذهب. انظر الشرح الكبير المطبوع على حا الدسوقي (٢/ ٤٢٤).

وإذا انْقَضَتِ العِدَّةُ فقال: «كُنْتُ راجَعْتُها في العِدَّةِ» فَصَدَّقَتْهُ، فهي رَجْعَةٌ، وإنْ كَذَّبَتْهُ فَالقَوْلُ قَوْلُها. وإذا قال الزَّوجُ: «قَدْ راجَعْتُكِ»، فقالت مُجِيبَةً له: «قَدِ انْقَضَتْ عِدَّتي»، لَمْ تَصِحَّ الرَّجْعَةُ عند أبي حنيفة. ....

ليست شرطاً فيه في حالةِ البقاءِ كما في الفَيءِ في الإيلاءِ، إلَّا أنَّها تُستَحبُّ لزيادةِ الاحتياطِ كيلا يجري التَّناكرُ فيها، وما تَلاهُ مَحمولٌ عليه، ألا ترى أنَّه قَرَنها بالمفارَقَةِ[١]، وهو فيها مُستحَبٌّ.

ويُستَحَبُّ أن يُعلِمَها كيلا تقعَ في المعصيةِ[٢].

(وإذا انْقَضَتِ العِدَّةُ فقال: «كُنْتُ راجَعْتُها في العِدَّةِ» فَصَدَّقَتْهُ، فهي رَجْعَةٌ، وإنْ كَذَّبَتْهُ فَالقَوْلُ قَوْلُها)؛ لأنَّه أخبَرَ عمَّا لا يَملِكُ إنشاءَه في الحال، فكان مُتَّهَماً، إلَّا أنَّه بالتَّصديق ترتفعُ التُّهمةُ.

ولا يمينَ عليها عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وهي مسألةُ الاستحلافِ في الأشياءِ السِّتَّةِ، وقد مَرَّ في كتاب النِّكاح[٣].

(وإذا قال الزَّوجُ: «قَدْ راجَعْتُكِ»، فقالت مُجِيبَةً له: «قَدِ انْقَضَتْ عِدَّتي»، لَمْ تَصِحَّ الرَّجْعَةُ عند أبي حنيفة)، وقالا: تَصِحُّ الرَّجعةُ؛ لأنَّها صادَفَتِ العِدَّةَ؛ إذ هي باقيةٌ ظاهراً إلى أن تُخبِرَ، وقد سَبَقَته الرَّجعةُ[٤]، ولهذا لو قال لها:

---

(١) أي: أنَّ الله تعالى قَرَن المفارقة بالرَّجعة حيث قال: ﴿أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا۟﴾[الطَّلَاق: ٢، البَقَرَة: ٢٣١]. وتمامه في البناية.

(٢) وذلك أنَّ المرأة إذا لم تعلم بالرَّجعة ربَّما تتزوَّج على زعمها أنَّ زوجها لم يُراجعها، وقد انقضت عدَّتُها، ويطأها الزَّوج فكانت عاصية، وزوجُها يكون مسيئاً بترك الإعلام. يوجد على هذه المسألة إيراد وجواب، ذكره في العناية فانظره.

(٣) لم يبيِّن هذه المسألة في كتاب النِّكاح، بل قال في مسألة دعوى السُّكوت على البكر: «فلا يمين عليها عند أبي حنيفة، وهي مسألة الاستحلاف في الأشياء السِّتَّة»، ثمَّ قال: «وسيأتيك في الدَّعوى»، ومثل هذا لا يقال عنه: «مَرَّ»؛ لأنَّه لم يكن ثمَّة للرَّجعة ذكرٌ. بناية.

(٤) أي: وقد سبقت الرَّجعةُ إخبارَها بانقضاء العدَّة.

وإذا قال زَوْجُ الأمَةِ بَعْدَ انقضاءِ عِدَّتِها: «كُنتُ راجَعْتُها في العدَّةِ»، وصَدَّقَهُ المَولَى وكَذَّبَتْهُ الأمَةُ، فَالقَولُ قَولُها عندَ أبي حنيفة، وقالا: القَولُ قَولُ المَولَى. ....

«طلَّقتُك» فقالت مجيبةً له: «قد انقضت عدَّتي»، يقعُ الطَّلاق.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّها صادفت حالةَ الانقضاءِ؛ لأنَّها أمينةٌ في الإخبارِ عن الانقضاءِ، فإذا أخبرتْ دَلَّ ذلك على سَبْقِ الانقضاءِ، وأقربُ أحوالِهِ حالُ قَولِ الزَّوجِ.

ومسألةُ الطَّلاقِ على الخلافِ[1]، ولو كانت على الاتِّفاقِ فالطَّلاقُ يقعُ بإقرارِهِ بعدَ الانقضاءِ، والمراجعةُ لا تَثبُتُ به.

(وإذا قال زَوْجُ الأمَةِ بَعْدَ انقضاءِ عِدَّتِها: «كُنتُ راجَعْتُها [في العدَّةِ][2]»، وصَدَّقَهُ المَولَى وكَذَّبَتْهُ الأمَةُ، فَالقَولُ قَولُها عندَ أبي حنيفة، وقالا: القَولُ قَولُ المَولَى)؛ لأنَّ بُضْعَها مَملوكٌ له، فقد أقَرَّ بما هو خالصُ حقِّه للزَّوج، فشابَهَ الإقرارَ عليها بالنِّكاحِ.

وهو يقولُ: حُكمُ الرَّجعةِ يَبتني على العدَّةِ، والقولُ في العدَّةِ قولُها، فكذا فيما يَبتني عليها.

ولو كان على القَلبِ[3]، فعندهما القولُ قولُ المَولى، وكذا عنده في الصَّحيحِ؛ لأنَّها مُنقضيَةُ العِدَّةِ في الحالِ، وقد ظَهَر مِلكُ المُتعةِ للمولى، فلا يُقبلُ قولُها في إبطالِهِ، بخلافِ الوجهِ الأوَّلِ؛ لأنَّ المولى بالتَّصديقِ في الرَّجعةِ مُقِرٌّ بقيامِ العدَّةِ عندها، ولا يَظهرُ مِلكُه مع العدَّةِ.

---

(١) هذا منعٌ لاستشهاد الصَّاحبين بما لو قال لها: «طلَّقتك»، فقالت مجيبةً: «قد انقضت عدَّتي» يقع الطلاق - يعني: لا نسلِّم أنَّ مسألة الطلاق على الوِفاق - ثمَّ أشار إلى الجواب بطريق التَّسليم فقال: ولو كانت ...

(٢) زيادة من (ج).

(٣) أي: بأن صدَّقته الأمة وكذَّبه المولى.

وإنْ قالت: «قَدِ انْقَضَتْ عِدَّتي»، وقال الزَّوجُ والمولى: «لم تَنْقَضِ عِدَّتُكِ» فَالقَولُ قَولُها. وإذا انْقَطَعَ الدَّمُ مِنَ الحَيضَةِ الثَّالِثَةِ لِعَشَرَةِ أيَّام، انقَطَعَتِ الرَّجعَةُ وإنْ لم تَغْتَسِلْ، وإنِ انقَطَعَ لأقَلَّ مِنْ عَشَرَةِ أيَّامٍ لم تَنْقَطِعِ الرَّجعةُ حتَّى تغتَسِلَ أو يَمْضِيَ عليها وَقْتُ صَلاةٍ كامِلٌ، ....

(وإنْ قالت: «قَدِ انْقَضَتْ عِدَّتي»، وقال الزَّوجُ والمولى: «لم تَنْقَضِ عِدَّتُكِ» فَالقَولُ قَولُها)؛ لأنَّها أمينةٌ في ذلك، إذ هي العالِمَةُ به.

(وإذا انْقَطَعَ الدَّمُ مِنَ الحَيضَةِ الثَّالِثَةِ لِعَشَرَةِ أيَّام، انقَطَعَتِ الرَّجعَةُ وإنْ لم تَغْتَسِلْ. وإنِ انقَطَعَ لأقَلَّ مِنْ عَشَرَةِ أيَّامٍ لم تَنْقَطِعِ الرَّجعةُ حتَّى تغتَسِلَ أو يَمْضِيَ عليها وَقْتُ صَلاةٍ كامِلٌ)؛ لأنَّ الحيضَ لا مَزِيدَ له على العشرةِ، فَبِمجرَّدِ الانقطاعِ خرجت من الحيضِ فانقضتِ العدَّةُ وانقطعتِ الرَّجعةُ، وفيما دونَ العشرةِ يَحتمِلُ عَودَ الدَّمِ، فلابدَّ أن يَعتَضد الانقطاعُ بحقيقةِ الاغتسالِ، أو بِلزُوم حُكمٍ من أحكام الطَّاهراتِ بمُضيِّ وقتِ الصَّلاة.

بخلافِ ما إذا كانت كتابيَّةً؛ لأنَّه لا يُتوقَّعُ في حقِّها أمارةٌ زائدةٌ، فاكتُفي بالانقطاع.

وتَنقطِعُ إذا تَيمَّمت وصَلَّت عند أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، وهذا استحسانٌ. وقال محمد رَحِمَهُٱللَّهُ: إذا تيمَّمتِ انقطعت [الرَّجعةُ][1]، وهذا قياسٌ؛ لأنَّ التَّيمُّمَ حالَ عدمِ الماءِ طهارةٌ مُطلَقَةٌ، حتَّى يَثبُتُ به من الأحكامِ ما يَثبُتُ بالاغتسالِ، فكان بمنزلتِهِ.

ولهما: أنَّه مُلوِّثٌ غيرُ مُطهِّر، وإنَّما اعتُبِر طهارةً ضرورةَ أنْ لا تَتضاعَفَ الواجباتُ، وهذه الضَّرورةُ تَتحقَّقُ حالَ أداءِ الصَّلاةِ لا فيما قَبْلَها من الأوقاتِ، والأحكامُ الثَّابتةُ أيضاً ضروريَّةٌ اقتضائيَّةٌ[2].

---

(١) زيادة من (ج).

(٢) يعني: أنَّ ثبوتَ هذه الأحكامِ من ضرورةِ جوازِ الصَّلاةِ بالتَّيمُّمِ، أمَّا قراءةُ القرآنِ فلأنَّها ركنُ الصَّلاة، =

وإذا اغتَسَلَتْ وَنَسِيَتْ شَيئاً مِنْ بَدَنِها لم يُصِبْهُ الماءُ، فإنْ كانَ عُضْواً فَما فَوْقَهُ لم تَنْقَطِعِ الرَّجعَةُ، وإنْ كانَ أَقَلَّ مِنْ عُضْوٍ انقَطَعَتْ. ومَنْ طَلَّقَ امرأتَهُ وهِيَ حامِلٌ، أو وَلَدَتْ مِنهُ وقال: «لم أجامِعْها» فَلَهُ الرَّجعَةُ، ....

ثمَّ قيل: تنقطعُ بِنَفسِ الشُّروعِ عندهما، وقيل: بعد الفراغِ؛ لِيَتقرَّرَ حكمُ جوازِ الصَّلاةِ.

(وإذا اغتَسَلَتْ وَنَسِيَتْ شَيئاً مِنْ بَدَنِها لم يُصِبْهُ الماءُ، فإنْ كانَ عُضْواً فَما فَوْقَهُ لم تَنْقَطِعِ الرَّجعَةُ، وإنْ كانَ أَقَلَّ مِنْ عُضْوٍ انقَطَعَتْ)، قال ﷺ: وهذا استحسانٌ، والقياسُ في العُضوِ الكاملِ أن لا تبقى الرَّجعةُ؛ لأنَّها غَسَلت الأكثَرَ، والقياسُ فيما دونَ العُضوِ أنْ تبقى؛ لأنَّ حكمَ الجَنابةِ والحيضِ لا يَتجزَّأُ.

ووجهُ الاستحسانِ - وهو الفَرق -: أنَّ ما دونَ العُضوِ يَتسارعُ إليه الجفافُ لِقلَّته، فلا يُتيقَّنُ بعَدَمِ وُصولِ الماءِ إليه، فقلنا بانَّه تَنقطِعُ الرَّجعةُ، ولا يحلُّ لها التَّزوُّجُ أخذاً بالاحتياط فيهما، بخلافِ العُضوِ الكاملِ؛ لأنَّه لا يَتسارَعُ إليه الجفافُ، ولا يُغفَلُ عنه عادةً، فافترقا.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنَّ تَرْكَ المَضمضةِ و[1]الاستنشاقِ كَتَرْكِ عُضوٍ كاملٍ. وعنه - وهو قول محمد رحمه الله - هو بمنزلةِ ما دونَ العضوِ؛ لأنَّ في فرضيَّتِه اختلافاً، بخلافِ غيرِهِ من الأعضاءِ.

(ومَنْ طَلَّقَ امرأتَهُ وهِيَ حامِلٌ، أو وَلَدَتْ مِنهُ وقال: «لم أجامِعْها» فَلَهُ الرَّجعَةُ)؛ لأنَّ الحَبَلَ متى ظَهر في مُدَّةٍ يُتصوَّرُ أن يكونَ منه جُعِل منه؛ لقوله ﷺ: «الولدُ للفراشِ[2]»، وذلك دليلُ الوطءِ منه.

= وأمَّا المسجدُ فلأنَّه مكانُ الصَّلاةِ، وأمَّا سجدةُ التِّلاوةِ فهي من توابعِ القراءةِ، فإنَّه يجوزُ أن تقرأ في صلاتِها آيةَ السَّجدة. عناية.

(١) الواو بمعنى «أو»؛ لأنَّ الحكمَ في كلِّ واحد منهما ذلك. عناية.

(٢) أخرج الأئمَّةُ السِّتَّةُ وهو عند البخاري في كتاب المحاربين واهل الردة، باب: للعاهر الحجر =

فإنْ خَلا بِها وأغلَقَ باباً، أو أرخَى سِتراً، وقال: «لم أُجامِعْها» ثُمَّ طَلَّقَها، لم يَملِكِ الرَّجعَةَ، فإنْ راجَعَها ثمَّ جاءتْ بِوَلَدٍ لأقلَّ مِنْ سَنَتَينِ بِيَومٍ، صَحَّتْ تِلكَ الرَّجعةُ.

وكذا إذا ثَبَت نسبُ الولدِ منه جُعِل واطئاً، وإذا ثَبَت الوطءُ تأكَّدَ المِلكُ، والطَّلاقُ في مِلكٍ مُتأكِّدٍ يُعقِبُ الرَّجعة، ويَبطُل زعمُهُ بتكذيبِ الشَّرع، ألا ترى أنَّه يَثبُت بهذا الوطءِ الإحصانُ، فلأن تَثبُتَ به الرَّجعةُ أولى.

وتأويلُ مسألةِ الولادةِ أن تَلِدَ قبلَ الطَّلاقِ؛ لأنَّها لو وَلَدت بعدَه تنقضي العِدَّةُ بالولادةِ، فلا تُتصوَّرُ الرَّجعة.

قال: (فإنْ خَلا بِها وأغلَقَ باباً، أو أرخَى سِتراً، وقال: «لم أُجامِعْها» ثُمَّ طَلَّقَها، لم يَملِكِ الرَّجعَةَ)؛ لأنَّ تأكُّدَ المِلكِ بالوطءِ، وقد أقرَّ بِعَدَمه، فَيُصدَّق في حقِّ نفسِهِ، والرَّجعةُ حقُّه، ولم يَصِر مُكذَّباً شرعاً. بخلاف المهرِ؛ لأنَّ تَأكُّدَ المهرِ المُسمَّى يُبتَنى على تَسليمِ المُبدَل، لا على القَبضِ، بخلافِ الفَصلِ الأوَّل.

(فإنْ راجَعَها)، معناه: بعد ما خَلا بها وقال: «لم أجامِعْها»، (ثمَّ جاءتْ بِوَلَدٍ لأقلَّ مِنْ سَنَتَينِ بِيَومٍ، صَحَّتْ تِلكَ الرَّجعةُ)؛ لأنَّه يَثبتُ النَّسبُ منه، إذ هي لم تُقِرَّ بانقضاءِ العدَّةِ، والولدُ يبقى في البطنِ هذه المدَّةَ، فَأُنزِل واطئاً قبلَ الطَّلاقِ دونَ ما بعده؛ لأنَّ على اعتبارِ الثَّاني يزولُ المِلكُ بِنفسِ الطَّلاقِ لِعَدَمِ الوطءِ قبلَهُ، فَيَحرُم الوطءُ، والمسلِمُ لا يفعلُ الحرامَ.

(فإنْ قال لها: «إذا وَلَدتِ فَأنتِ طالِقٌ» فَوَلَدَتْ، ثُمَّ أتَتْ بِوَلَدٍ آخَرَ فَهِيَ رَجْعَةٌ)، معناه: من بطنٍ آخَرَ، وهو أن يكونَ بعد ستَّةِ أشهرٍ، وإن كان أكثَرَ من سنتين[1]

= (٦٤٣٢)، ومسلم في الرضاع، باب: الولد للفراش وتوقِّي الشبهات (١٤٥٨) عن أبي هريرة قال: قال النَّبيُّ ﷺ: «الولدُ للفراشِ وللعاهِرِ الحَجَرُ».

وفي الباب من حديث عائشة، وعبد الله بن عمرو بن العاص، عثمان، وأبي أمامة ﷺ وعنَّا بهم.

(١) «إن» للوصل، أي: لمَّا كان بين الولدين ستَّةُ أشهر لا تفاوت بعد ذلك بين أن تكون الولادةُ الثَّانية في أقلَّ من سنتين، وبين أن تكون أكثر من ذلك في ثُبُوت الرَّجعة؛ لأنَّ الولد الثاني مضافٌ إلى عُلُوق =

فإنْ قال لها: «إذا وَلَدتِ فَأنتِ طالِقٌ» فَوَلَدَتْ، ثُمَّ أتَتْ بِوَلَدٍ آخَرَ فَهِيَ رَجْعَةٌ، وإنْ قال: «كلَّما وَلَدتِ وَلَداً فأنتِ طالقٌ»، فَوَلَدَتْ ثلاثَةَ أولادٍ في بُطونٍ مُختَلِفَةٍ، فالوَلَدُ الأوَّلُ طلاقٌ والولدُ الثَّاني رَجعَةٌ، وكذا الثَّالثُ. والمطَلَّقَةُ الرَّجعِيَّةُ تَتَشَوَّفُ وتَتزيَّنُ، ويُستَحَبُّ لِزَوجِها أنْ لا يَدْخُلَ عليها حتَّى يُؤذِنَها أو يُسْمِعَها خَفْقَ نَعلَيهِ، ....

إذا لم تُقِرَّ بانقضاءِ العدَّةِ؛ لأنَّه وقَعَ الطَّلاقُ عليه بالولدِ الأوَّلِ، ووجبت العِدَّةُ فيكون الولدُ الثَّاني من عُلوقٍ حادثٍ منهُ في العِدَّةِ؛ لأنَّها لم تُقِرَّ بانقضاءِ العِدَّةِ، فيصيرُ مُراجعاً.

(وإنْ قال: «كلَّما وَلَدتِ وَلَداً فأنتِ طالقٌ»، فَوَلَدَتْ ثلاثَةَ أولادٍ في بُطونٍ مُختَلِفَةٍ[1]، فالوَلَدُ الأوَّلُ طلاقٌ والولدُ الثَّاني رَجعَةٌ، وكذا الثَّالثُ)؛ لأنَّها إذا جاءت بالولدِ الأوَّلِ وقع الطَّلاقُ وصارت معتدَّةً، وبالثَّاني صار مراجعاً؛ لِما بيَّنَّا أنَّه يُجعَل العُلوقُ بِوطءٍ حادثٍ في العِدَّةِ، ويقعُ الطَّلاقُ الثَّاني بولادةِ الولدِ الثَّاني؛ لأنَّ اليمينَ معقودةٌ بكلمة «كلَّما» ووجبتِ العدَّةُ، وبالولد الثَّالثِ صار مراجِعاً لِما ذكرنا، وتقعُ الطَّلقةُ الثَّالثةُ بولادةِ الثَّالثِ ووجبتِ العِدَّة بالأقراءِ؛ لأنَّها حائلٌ من ذواتِ الحَيضِ حينَ وقَعَ الطَّلاق.

(والمطَلَّقَةُ الرَّجعِيَّةُ تَتَشَوَّفُ[2] وتَتزيَّنُ)؛ لأنَّها حلالٌ للزَّوجِ؛ إذِ النِّكاحُ قائمٌ بينهما، ثمَّ الرَّجعةُ مستحبَّةٌ، والتَّزيُّنُ حاملٌ له عليها، فيكون مشروعاً.

(ويُستَحَبُّ لِزَوجِها أنْ لا يَدْخُلَ عليها حتَّى يُؤذِنَها أو يُسْمِعَها خَفْقَ نَعلَيهِ)، معناه: إذا لم يكنْ من قَصدِه المُراجعَةَ؛ لأنَّها ربَّما تكونُ مُتجرِّدةً فيقع بصرُهُ على موضعٍ يصيرُ به مراجِعاً، ثمَّ يُطلِّقها فَتَطولُ عليها العدَّة.

= حادث لا محالة، وهو بالوطء بعد الطَّلاق وكان رجعة.

(١) المراد من البطون المختلفة أن يكون بين الولدين ستَّةُ أشهر فصاعداً.

(٢) «التَّشوف» خاصٌّ بالوجه، و«التَّزيُّن» عامٌّ، من شُفْتُ الشَّيءَ: جَلوتُهُ، ودينار مُشوَّفٌ: أي: مَجلوٌّ، وهو أن تَجلوَ وَجْهَها وتَصقُلَه. فتح.

وليس له أنْ يُسافِرَ بها حتَّى يُشهِدَ على رَجْعَتِها . والطَّلاقُ الرَّجعِيُّ لا يُحرِّمُ الوَطءَ .

(وليس له أنْ يُسافِرَ بها حتَّى يُشهِدَ على رَجْعَتِها)، وقال زفر رَحِمَهُ ٱللَّهُ : له ذلك لقيام النِّكاح ، ولهذا له أن يغشاها عندنا .

ولنا : قوله تعالى ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ﴾[الطَّلَاق : ١] الآية[١] ، ولأنَّ تراخي عَمَلِ المُبطِل[٢] لحاجتِهِ إلى المُراجَعةِ ، فإذا لم يُراجِعْها حتَّى انقضتِ العدَّةُ ظهَرَ أنَّه لا حاجةَ له ، فتبيَّنَ أنَّ المُبطِلَ عَمِلَ عمَلَه من وقتِ وُجودِهِ ، ولهذا تُحتَسَب الأقراءُ من العدَّةِ ، فلم يَملكِ الزَّوجُ الإخراجَ إلَّا أن يُشهِدَ على رَجعتِها ، فتبطُلُ العدَّةُ ويتقرَّرُ مِلكُ الزَّوج .

وقوله : «حتَّى يُشهِدَ على رجعتها» ، معناه : الاستحبابُ على ما قدَّمناه .

(والطَّلاقُ الرَّجعِيُّ لا يُحرِّمُ الوَطءَ) ، وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٣] : يُحرِّمُه لأنَّ الزَّوجيَّة زائلةٌ لِوُجودِ القاطعِ ، وهو الطَّلاقُ .

ولنا : أنَّها قائمةٌ حتَّى يَملِكُ مراجعَتَها من غيرِ رضاها ؛ لأنَّ حقَّ الرَّجعةِ ثبَتَ نظراً للزَّوج ؛ لِيُمكِنَه التَّدارُكَ عند اعتراضِ النَّدَم ، وهذا المعنى يُوجِبُ استبدادَهُ به ، وذلك[٤] يُؤذِن بِكَونه[٥] استدامةً لا إنشاءً ، ....

(١) وجهُ الاستدلال : أنَّه نزل في الطَّلاق الرَّجعيِّ بدليل قوله تعالى ﴿لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾[الطَّلَاق : ١] أي : لعلَّه يبدو له فيراجعها ، والمسافرة بها إخراجٌ من البيت فيكون منهيًّا عنه .
فإن قيل : لما لا يكونُ نفسُ المسافَرَة دليلاً على الرَّجعة .
أجيب : بأنَّ الإخراج مَنهيٌّ عنه والرَّجعةُ مندوبٌ إليها ، وهما متنافيان .

(٢) التَّقدير : تراخى عملُ المبطِلِ وهو الطَّلاق لحاجة الزَّوجِ إلى المراجعة .

(٣) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٣/ ٤٣٢) : (ويُحرِّمُ الاستمتاع بها) وبِوَطءٍ وغيرِهِ ، حتَّى بالنَّظر ولو بلا شهوة كما يقتضيه كلامُ الرَّوضة ؛ لأنَّها مُفارَقةٌ كالبائن ، وإن اقتضى كلامُ الرَّافعي خلافَهُ ، ولأنَّ النِّكاحَ يُبيحُ الاستمتاعَ فَيُحرِّمُه الطَّلاق ؛ لأنَّه ضدُّه . اهـ .

(٤) أي : تفرُّد الزَّوج بحقِّ الرَّجعة يُؤذِن ...

(٥) بكون حقِّ الرَّجعة .

فصل فيما تحل به المطلقة

وإذا كان الطَّلاقُ بائناً دُونَ الثَّلاثِ، فَلَهُ أنْ يَتزَوَّجها في العِدَّةِ وبعدَ انقضائِها، وإنْ كانَ الطَّلاقُ ثلاثاً في الحُرَّةِ أو ثِنتَينِ في الأمَةِ، لم تَحِلَّ لَهُ حتَّى تَنكِحَ زَوجاً غَيْرَهُ نِكاحاً صَحيحاً ويَدخُلَ بها، ثمَّ يُطَلِّقَها أو يَمُوتَ عنها. ....

إذِ الدَّليلُ يُنافيه[١]، والقاطعُ أخَّرَ عمَلَه إلى مدَّةٍ إجماعاً أو نظراً له على ما تقدَّم.

(فصل فيما تحلُّ به المطلَّقة)

(وإذا كان الطَّلاقُ بائناً دُونَ الثَّلاثِ، فَلَهُ أنْ يَتزَوَّجها في العِدَّةِ وبعدَ انقضائِها)؛ لأنَّ حِلَّ المَحلِّيَّة باقٍ؛ لأنَّ زوالَهُ معلَّقٌ بالطَّلقةِ الثَّالثةِ، فينعدِمُ قبلَهُ، ومنعُ الغيرِ في العدَّةِ لاشتباهِ النَّسبِ، ولا اشتباهَ في إطلاقِهِ[٢].

(وإنْ كانَ الطَّلاقُ ثلاثاً في الحُرَّةِ أو ثِنتَينِ في الأمَةِ، لم تَحِلَّ لَهُ حتَّى تَنكِحَ زَوجاً غَيْرَهُ نِكاحاً صَحيحاً ويَدخُلَ بها، ثمَّ يُطَلِّقَها أو يَمُوتَ عنها)، والأصلُ فيه قوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٠]، فالمرادُ الطَّلقةُ الثَّالثةُ، والثِّنتانِ في حقِّ الأمة كالثَّلاث في حقِّ الحرَّة؛ لأنَّ الرِّقَّ مُنصِّفٌ لِحلِّ المَحلِّيَّة على ما عُرِف.

ثمَّ الغايةُ[٣] نكاحُ الزَّوجِ مُطلَقاً، والزَّوجيَّةُ المُطلَقةُ إنَّما ثَبتَت بنكاحٍ صحيحٍ، وشرطُ الدُّخولِ ثبَتَ بإشارةِ النَّصِّ، وهو أن يُحمَلَ النِّكاحُ على الوطءِ، حملاً للكلامِ على الإفادة دونَ الإعادةِ[٤]، إذ العقدُ استُفيد بإطلاقِ اسمِ الزَّوجِ، أو يُزاد

---

(١) الدَّليلُ الدَّالُّ على الاستبداد يُنافي أن تكون الرَّجعةُ إنشاءً؛ لأنَّ الزَّوج لا يَستبدُّ به والاستدامةُ لا تتحقَّق إلَّا في القائم، وكانت الزَّوجيَّةُ قائمة.

(٢) أي: في إطلاق الشَّارع الإذنَ للزَّوج في نكاح مُعتدَّته، لأنَّ الاشتباه إنَّما يكون عند اختلاف المياه، وذلك إنَّما يكون في معتدَّة الغير.

(٣) أي: الغاية بكلمة حتى في قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

(٤) يعني: لو حملنا النِّكاحَ على العقدِ في الآية لَزِمَ ذِكرُ العقدِ مرَّتين؛ لأنَّ العقدَ استفيد من إطلاقِ اسمِ =

والصَّبيُّ المُراهِقُ في التَّحليلِ كالبالِغِ. ....

على النَّصِّ بالحديثِ المشهورِ، وهو قولُهُ ﷺ: «لا تحلُّ للأوَّل حتَّى تَذُوقَ عُسَيلَةَ الآخَرِ[1]»، رُوي برواياتٍ.

ولا خِلافَ لأحد فيه[2] سِوَى سعيدِ بنِ المُسيِّب رضي الله عنه، وقولُهُ غيرُ مُعتَبَرٍ، حتَّى لو قَضَى به القاضي لا يَنفُذُ.

والشَّرطُ الإيلاجُ دونَ الإنزالِ؛ لأنَّه كمالٌ ومبالغةٌ فيه، والكمالُ قيدٌ زائدٌ.

(والصَّبيُّ المُراهِقُ في التَّحليلِ كالبالِغِ)؛ لوجودِ الدُّخولِ في نكاحٍ صحيحٍ، وهو[3] الشَّرطُ بالنَّصِّ.

ومالكٌ رحمه الله[4] يُخالفنا فيه، والحُجَّةُ عليه ما بيَّنَّاه.

وفَسَّره[5] في الجامع الصَّغير وقال: غلامٌ لم يَبلُغْ، ومِثْلُه يُجامِعُ، جامَعَ امرأتَهُ وَجَب عليها الغُسل، وأحَلَّها على الزَّوجِ الأوَّل. ومعنى هذا الكلامِ أن تتحرَّكَ آلتُهُ ويَشتهي.

= الزَّوجِ، فلا حاجة إلى تكراره.

(١) رواه الأئمَّةُ السِّتَّةُ، وهو عند البخاري في الطلاق، باب: من أجاز طلاق الثلاث (٤٩٦١)، ومسلم في النكاح، باب: لا تحل المطلقة ثلاثا لمطلقها حتى تنكح زوجا غيره (١٤٣٣) عن عائشة قالت: طلَّقَ رجلٌ امرأتَهُ ثلاثاً، فتزوَّجها رجلٌ، ثمَّ طلَّقَها قبلَ أن يَدخُلَ بها، فأراد زوجُها الأوَّلُ أن يَتزوَّجها، فَسُئِل رسولُ الله ﷺ عن ذلك فقال: «لا، حتَّى يَذُوقَ الآخَرُ مِن عُسَيلَتِها ما ذاق الأوَّلُ».

(٢) أي: في اشتراط الدخول.

(٣) أي: النِّكاح الصَّحيح.

(٤) مذهب المالكية: أنَّ المطلَّقة ثلاثاً لا تحلُّ لمطلِّقها حتى تنكح زوجاً غيره، ولا مانع أن يكون صبيّاً وقتَ العقد، وإنَّما الشَّرط أن يكونَ بالغاً وقتَ الدُّخولِ، وأن ينتشرَ ذكرُهُ ولو بعدَ الدُّخول، ولا يشترطُ أن يكونَ الانتشارُ تاماً، وكذا لا يشترطُ الإنزالُ. انظر الشرح الكبير المطبوع على هامش حا الدسوقي (٢/ ٢٥٧-٢٥٨).

(٥) الضَّمير يرجع إلى المراهق.

وَوَطْءُ المَولَى أَمَتَهُ لا يُحِلُّها. وإذا تَزَوَّجَها بِشَرطِ التَّحليلِ فالنِّكاحُ مَكروهٌ، فَإِنْ طَلَّقَها بعدَ ما وَطِئَها حَلَّتْ لِلأَوَّلِ. ....

وإنَّما وَجَب الغُسلُ عليها لالتقاءِ الخِتانينِ، وهو سببٌ لنزولِ مائها، والحاجةُ إلى الإيجابِ في حقِّها[1] أمَّا لا غُسلَ على الصَّبيِّ وإن كان يُؤمَرُ به تخلُّقاً.

قال: (وَوَطْءُ المَولَى أَمَتَهُ لا يُحِلُّها)؛ لأنَّ الغايةَ نكاحُ الزَّوجِ[2].

(وإذا تزوَّجها بِشَرطِ التَّحليلِ فالنِّكاحُ مَكروهٌ)؛ لقوله ﷺ: «لَعَنَ اللهُ المُحلِّلَ والمُحلَّلَ له[3]»، وهذا هو مَحمَلُه[4]. (فَإِنْ طَلَّقَها بعدَ ما وَطِئَها حَلَّتْ لِلأَوَّلِ)؛ لوجودِ الدُّخولِ في نكاحٍ صحيحٍ؛ إذِ النِّكاحُ لا يبطلُ بالشَّرطِ.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ: أنَّه يَفسُد النِّكاحُ لأنَّه في معنى المُوقَّتِ فيه، ولا يُحلُّها للأوَّلِ لفسادِهِ.

وعن محمد رَحِمَهُ اللهُ: أنَّه يَصحُّ النِّكاحُ لِما بيَّنَّا[5] ولا يُحِلُّها للأوَّلِ لأنَّه استعجَلَ ما أخرَّه الشَّرعُ، فَيُجازَى بِمَنع مَقصودِهِ، كما في قَتْلِ المُورِّث.

---

(١) أي: الحاجةُ إلى إيجاب الغُسل في حقِّ المرأة؛ لأنَّ أمرَ الغُسل يُبنى على الاحتياط، وجِماعُ مثلِهِ سببٌ ظاهرٌ لإنزال مائها، فيجب الغُسلُ عليها.

(٢) أي: لأنَّ غاية الحرمةِ نكاحُ الزَّوج؛ لقوله تعالى ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٠] ولم يوجد؛ لأنَّ المولى لا يسمَّى زوجاً.

(٣) أخرج الترمذي في النكاح، باب: ما جاء في المُحِلِّ والمحلل له (١١١٩)، والنسائي في الصغرى، الطلاق، باب: إحلال المطلقة ثلاثا وما فيه من التغليظ (٣٤١٦)، وأبو داود ي النكاح، باب: في التحليل (٢٠٧٦)، وابن ماجة في النكاح، باب: المحلل والمحلل له (١٩٣٤) عن عبد الله بن مسعود قال: «لعَنَ رسولُ اللهِ ﷺ المُحِلَّ والمُحلَّلَ له».
وفي الباب من حديث علي، وجابرٍ، وعقبة بن عامر، وأبي هريرة، وابن عباس رضي الله عنهم وعنَّا بهم.

(٤) يعني: الحديث محمول على الكراهة. استدلَّ المصنِّفُ بهذا الحديث على كراهية النِّكاحِ المَشروطِ به التَّحليل، وظاهرُهُ يقتضي التَّحريمَ، ولكن يُقال: لمَّا سمَّاهُ محلِّلاً دلَّ على صحَّةِ النِّكاحِ؛ لأنَّ المُحلِّلَ هو المُثبِتُ للحِلِّ، فلو كان فاسداً لَما سَمَّاه مُحلِّلا. عناية بتصرف.

(٥) من أنَّ النِّكاح لا يَبطُلُ بالشُّروط.

وإذا طَلَّقَ الحُرَّةَ تطلِيقَةً أو تَطْلِيقَتَينِ وانْقَضَتْ عِدَّتُها وتزَوَّجَتْ بِزَوجٍ آخَرَ، ثُمَّ عادَتْ إلى الزَّوجِ الأوَّلِ، عادَتْ بِثَلاثِ تَطليقاتٍ. ويَهدِمُ الزَّوجُ الثَّاني ما دُونَ الثَّلاثِ كما يَهدِمُ الثَّلاثَ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يَهدِمُ ما دُونَ الثَّلاثِ. وإذا طَلَّقَها ثَلاثاً فقالت: «قَدِ انقَضَتْ عِدَّتي وتَزَوَّجتُ، ودَخَلَ بي الزَّوجُ وطَلَّقنِي وانقَضَتْ عِدَّتي»، والمُدَّةُ تحتَمِلُ ذلك، جازَ لِلزَّوجِ أنْ يُصَدِّقَها إذا كانَ في غالِبِ ظَنِّهِ أنَّها صادِقَةٌ.

(وإذا طَلَّقَ الحُرَّةَ تطلِيقَةً أو تَطلِيقَتَينِ وانقَضتْ عِدَّتُها وتزَوَّجَتْ بِزَوجٍ آخَرَ، ثُمَّ عادَتْ إلى الزَّوجِ الأوَّلِ، عادَتْ بِثَلاثِ تَطليقاتٍ، ويَهدِمُ الزَّوجُ الثَّاني ما دُونَ الثَّلاثِ كما يَهدِمُ الثَّلاثَ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يَهدِمُ ما دُونَ الثَّلاثِ)؛ لأنَّه[1] غايةٌ لِلحُرمةِ بالنَّصِّ، فيكون مُنْهِياً، ولا إنهاءَ للحرمةِ قبلَ الثُّبوتِ.

ولهما قولُه ﷺ: «لَعَنَ اللهُ المُحلِّلَ والمُحلَّلَ له[2]»، سمَّاهُ مُحلِّلاً وهو المُثبِتُ للحِلِّ[3].

(وإذا طَلَّقَها ثَلاثاً فقالت: «قَدِ انقَضَتْ عِدَّتي وتَزَوَّجتُ، ودَخَلَ بي الزَّوجُ وطَلَّقنِي وانقَضَتْ عِدَّتي»، والمُدَّةُ تحتَمِلُ ذلك، جازَ لِلزَّوجِ أنْ يُصَدِّقَها إذا كانَ في غالِبِ ظَنِّهِ أنَّها صادِقَةٌ)؛ لأنَّه معامَلَةٌ أو أمرٌ دِينيٌّ؛ لِتَعلُّقِ الحِلِّ به، وقولُ الواحدِ فيهما مَقبولٌ، وهو غيرُ مُستنكَرٍ إذا كانت المُدَّةُ تحتمِلُه. واختلفوا في أدنى هذه المدَّةِ، وسنبيِّنُها في باب العدَّة.

---

(١) أي: الزوج الثاني.

(٢) تقدَّم ص (١٩٤) ت (٣).

(٣) يعني: مثبتا لحلٍّ جديد، ولا يجوز ان يكون المراد الحلَّ السابق لأنه تحصيل الحاصل وهو فاسد.

باب الإيلاء

وإذا قال الرَّجلُ لامرأتِهِ: «واللهِ لا أقْرَبُكِ»، أو قال: «واللهِ لا أقرَبُكِ أربعَةَ أشهُرٍ» فَهُو مُولٍ، فإنْ وَطِئها في الأربَعَةِ الأشْهُرِ حَنَثَ في يَمِينِهِ ولَزِمَتْهُ الكفَّارةُ وسَقَطَ الإيلاءُ، وإنْ لَمْ يَقْرَبْها حتَّى مَضَتْ أربعَةُ أشهُرٍ بانَتْ منه بِتَطليقَةٍ، ....

(باب الإيلاء[1])

(وإذا قال الرَّجلُ لامرأتِهِ: «واللهِ لا أقْرَبُكِ»، أو قال: «واللهِ لا أقرَبُكِ أربعَةَ أشهُرٍ» فَهُو مُولٍ)؛ لقوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البَقَرَة: ٢٢٦]، (فإنْ وَطِئها في الأربَعَةِ الأشْهُرِ حَنَثَ في يَمِينِهِ ولَزِمَتْهُ الكفَّارةُ)؛ لأنَّ الكفَّارة موجَبُ الحِنثِ، (وسَقَطَ الإيلاءُ)؛ لأنَّ اليمين ترتفعُ بالحِنْث، (وإنْ لَمْ يَقْرَبْها حتَّى مَضَتْ أربعَةُ أشهُرٍ بانَتْ منه بِتَطليقَةٍ).

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[2]: تَبِينُ بتفريقِ القاضي؛ لأنَّه مانعٌ حقَّها في الجماعِ، فينوبُ القاضي مَنابَهُ في التَّسريحِ، كما في الجَبِّ والعِنَّة.

ولنا: أنَّه ظَلَمَها بِمَنْعِ حقِّها فجازاه الشَّرعُ بزوالِ نعمةِ النِّكاحِ عندَ مُضيِّ هذه المدَّةِ، وهو المأثورُ عن عثمان وعليٍّ والعبادلةِ الثَّلاثةِ وزيدِ بنِ ثابت رضوانُ الله عليهم أجمعين، وكفى بهم قُدوةً، ولأنَّه كان طلاقاً في الجاهليَّةِ فَحَكَمَ الشَّرعُ بتأجيلِهِ إلى انقضاءِ المُدَّةِ.

---

(١) هو في اللُّغة: عبارةٌ عن اليمين، يقال: آلى يولي إيلاءً، إذا حَلَف.
وفي الشريعة: عبارةٌ عن مَنعِ النَّفسِ عن قربانِ المنكوحةِ أربعةَ أشهرٍ فصاعداً مَنْعاً مُؤكَّداً باليمين.

(٢) قال في المجموع (١٧/ ٣٢١) ط دار الفكر: وإن لم يطلِّق المولي زوجتَهُ، ولم يطأها حتَّى انقضتِ المدَّةُ، نظرت فإن لم يكن عذرٌ يَمنَعُ الوطء، ثبت لها حقُّ المطالبةِ بالفَيئةِ أو الطَّلاقِ. اهـ.
وقال الماوردي في الحاوي (١٠/ ٣٩٦) الكتب العلمية: وإن توجَّهت عليه المُطالبةُ بالفيئةِ أو الطَّلاقِ، فإن أقام على الامتناع منها، فعلى ما مضى من القولين : أحدهما: يُحبَس حتَّى يَفعَل أحدَهما. والثاني: يُطلِّقُ القاضي عليه. اهـ.

فإنْ كانَ حَلَفَ على أربعَةِ أشهُرٍ فَقَدْ سَقَطَتِ اليَمينُ، وإنْ كانَ حَلَفَ على الأبَدِ فَاليَمينُ باقيَةٌ، فإنْ عادَ فَتَزَوَّجَها عادَ الإيلاءُ، فإنْ وَطِئَها، وإلَّا وَقَعَتْ بِمُضِيِّ أربعةِ أشهُرٍ تَطليقَةٌ أُخرَى، فإنْ تَزَوَّجَها ثالِثاً عادَ الإيلاءُ وَوَقَعَتْ بِمُضِيِّ أربْعَةِ أشهُرٍ طلقةٌ أُخرَى إنْ لَمْ يَقْرَبْها، فإنْ تَزَوَّجَها بَعْدَ زَوجٍ آخَرَ لَمْ يَقَعْ بِذلِكَ الإيلاءِ طَلاقٌ واليَمِينُ باقِيَةٌ، فإنْ وَطِئَها كَفَّرَ عَنْ يَمِينِهِ. فإنْ حَلَفَ على أقَلَّ مِنْ أربعَةِ أشهُرٍ لم يَكُنْ مُولِياً. ....

(فإنْ كانَ حَلَفَ على أربعَةِ أشهُرٍ فَقَدْ سَقَطَتِ اليَمينُ)؛ لأنَّها كانت مؤقَّتةً به.

(وإنْ كانَ حَلَفَ على الأبَدِ فَاليَمينُ باقيَةٌ)؛ لأنَّها مُطلَقَةٌ ولم يُوجَدِ الحِنثُ لِترتفعَ به، إلَّا أنَّه لا يتكرَّرُ الطَّلاقُ قبلَ التَزوُّجِ؛ لأنَّه لم يوجَدْ [منه][1] مَنعُ الحقِّ بعد البينونةِ، (فإنْ عادَ فَتزَوَّجَها عادَ الإيلاءُ، فإنْ وَطِئَها، وإلَّا وَقَعَتْ بِمُضِيِّ أربعةِ أشهُرٍ تَطليقَةٌ أُخرَى)؛ لأنَّ اليمينَ باقيةٌ لإطلاقِها، وبالتَّزوُّجِ ثبَتَ حقُّها فَيتحقَّقُ الظُّلمُ، ويُعتَبَر ابتداءُ هذا الإيلاءِ من وقتِ التَّزوُّجِ.

(فإنْ تَزَوَّجَها ثالِثاً عادَ الإيلاءُ وَوَقَعَتْ بِمُضِيِّ أربْعَةِ أشهُرٍ [طلقةٌ][2] أُخرَى إنْ لَمْ يَقْرَبْها)؛ لِما بيَّنَّاه.

(فإنْ تَزَوَّجَها بَعْدَ زَوجٍ آخَرَ لَمْ يَقَعْ بِذلِكَ الإيلاءِ طَلاقٌ)؛ لِتَقيُّدِهِ بطلاقِ هذا المِلكِ، وهي فرعُ مسألةِ التَّنجيزِ الخِلافيَّةِ، وقد مَرَّ من قبل، (واليَمينُ باقِيَةٌ) لإطلاقِها وعدمِ الحِنثِ (فإنْ وَطِئَها كَفَّرَ عَنْ يَمينِهِ)؛ لِوُجود الحِنْث.

(فإنْ حَلَفَ على أقَلَّ مِنْ أربعَةِ أشهُرٍ لم يَكُنْ مُولِياً)؛ لقول ابنِ عباس رَضِيَ اللهُ عَنهُ: «لا إيلاءَ فيما دونَ أربعةِ أشهر[3]»، ولأنَّ الامتناعَ عن قربانها في أكثرِ المُدَّةِ

---

(١) زيادة من (ج).

(٢) زيادة من (ج).

(٣) أخرج ابن أبي شيبة في الطلاق، باب: ما قالوا في الرجل يولي دون الأربعة أشهر من قال ليس بإيلاء (١٨٥٨٨) عن ابن عباس قال: «إذا آلى من امرأتِهِ شهراً أو شهرين أو ثلاثةً، ما يَبلُغُ الحَدَّ، فليس بإيلاءٍ».

ولَوْ قال: «واللهِ لا أَقْرَبُكِ شَهْرَينِ وشَهْرَينِ بعدَ هَذَينِ الشَّهرَينِ» فَهُو مُولٍ، ولو مَكَثَ يوماً ثُمَّ قال: «واللهِ لا أَقْرَبُكِ شَهرَيْنِ بعدَ الشَّهرَينِ الأَوَّلَينِ»، ولو قال: «واللهِ لا أَقْرَبُكِ سَنَةً إِلَّا يوماً» لَمْ يَكُنْ مُولِياً، ....

بلا مانعٍ[١]، وبِمِثله[٢] لا يَثبُتُ حكمُ الطَّلاقِ فيه.

(ولَوْ قال: «واللهِ لا أَقْرَبُكِ شَهْرَينِ وشَهْرَينِ بعدَ هَذَينِ الشَّهرَينِ» فَهُو مُولٍ)؛ لأنَّه جَمَع بينهما بحرفِ الجمعِ، فصار كجَمعِهِ بِلفظِ الجَمعِ.

(ولو مَكَثَ يوماً ثُمَّ قال: «واللهِ لا أَقْرَبُكِ شَهرَيْنِ بعدَ الشَّهرَينِ الأَوَّلَينِ») لم يكن مُولياً؛ لأنَّ الثَّاني إيجابٌ مُبتدأٌ[٣]، وقد صار ممنوعاً بعد اليمينِ الأولى شهرين، وبعدَ الثَّانية أربعةَ أشهر إلَّا يوماً مكَثَ فيه، فلم تتكاملْ مدَّةُ المنعِ.

(ولو قال: «واللهِ لا أَقْرَبُكِ سَنَةً إِلَّا يَوماً» لَمْ يَكُنْ مُولِياً)، خلافاً لزفر رَحِمَهُ اللهُ، هو يَصرِفُ الاستثناءَ إلى آخرِها اعتباراً بالإجارةِ، فتمَّتْ مدَّةُ المنعِ.

ولنا: أنَّ المولي مَن لا يُمكِنُهُ القربانُ أربعةَ أشهرٍ إلَّا بشيءٍ يَلزَمُهُ، وههنا يُمكِنُه؛ لأنَّ المُستثنى يومٌ[٤] منكَّرٌ.

بخلافِ الإجارةِ لأنَّ الصَّرفَ إلى الآخِرِ لِتَصحيحِها، فإنَّها لا تَصحُّ مع التَّنكيرِ[٥]، ولا كذلك اليمينُ.

---

(١) قوله: «بلا مانع» خبر أنَّ، والتقدير: حاصل بلا مانع. والمراد بالمانع اليمين.

(٢) أي: وبمثل هذا الامتناع.

(٣) الأصل في ذلك أنَّه إذا لم يُعد اسمَ الله تعالى في المعطوف، ولا حرف النَّفي، ولم يمكث بينهما ساعة دخل حكمُ المعطوفِ في حكم المعطوف عليه كما في المسألة الأولى، وأمَّا إذا فات أحدُ الأمور المذكورة فقد كان إيجاباً مبتدأ، وعلى هذا في المسألة الثَّانية لا يكون مُولياً لِفَوات الأمور الثَّلاثة؛ لوجود المُكث يوماً وإعادةِ اسم الله وحرفِ النَّفي. عناية.

(٤) وهو شائعٌ في فصول السَّنة، فلا يُعتبر صرفه إلى آخر السَّنة إجراء لكلامه على الحقيقة.

(٥) لعدم حصولِ المقصودِ، وهو التَّمكُّنُ من استيفاء المنفعة.

ولو قَرِبَها في يومٍ والباقي أربَعَةُ أشهُرٍ أو أكثَرُ، صارَ مُولِياً، ولو قال وهو بِالبَصرَةِ: «واللهِ لا أدْخُلُ الكُوفَةَ وامرأتُهُ بها» لم يَكُنْ مُولياً. ولو حَلَفَ بِحَجٍّ أو بِصَومٍ أو صَدَقَةٍ أو عِتْقٍ أو طَلاقٍ فَهُو مُولٍ. وإنْ آلى مِنَ المُطَلَّقَةِ الرَّجْعِيَّةِ كانَ مُولِياً، وإنْ آلَى مِنَ البائِنَةِ لَمْ يَكُنْ مُولِياً. ....

(ولو قَرِبَها في يومٍ والباقي أربَعَةُ أشهُرٍ أو أكثَرُ، صارَ مُولِياً)؛ لسقوط الاستثناء.

(ولو قال وهو بِالبَصرَةِ: «واللهِ لا أدْخُلُ الكُوفَةَ وامرأتُهُ بها» لم يَكُنْ مُولياً)؛ لأنَّه يُمكنُ القُربانُ من غيرِ شيءٍ يَلزمُهُ بالإخراجِ من الكوفة.

قال: **(ولو حَلَفَ بِحَجٍّ أو بِصَومٍ أو صَدَقَةٍ أو عِتْقٍ أو طَلاقٍ[1] فَهُو مُولٍ)**؛ لِتحقُّقِ المَنعِ باليمين، وهو ذِكرُ الشَّرطِ والجزاءِ، وهذه الأجزيةُ مانعةٌ لِما فيها من المَشقَّة.

وصورةُ الحَلِفِ بالعِتق: أن يُعلِّقَ بِقُربانها عِتقَ عبدِهِ. وفيه خلافُ أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ، فإنَّه يقول: يُمكِنُهُ البيعُ ثمَّ القُربانُ، فلا يَلزمُهُ شيءٌ، وهما يقولان: البيعُ موهومٌ، فلا يَمنَعُ المانعيَّة فيه[2].

والحَلِفُ بالطَّلاقِ أن يُعلِّق بِقُربانها طلاقَها أو طلاقَ صاحِبَتِها، وكلُّ ذلك مانعٌ.

(وإنْ آلى مِنَ المُطَلَّقَةِ الرَّجْعِيَّةِ كانَ مُولِياً، وإنْ آلَى مِنَ البائِنَةِ لَمْ يَكُنْ مُولِياً)؛ لأنَّ الزَّوجيَّةَ قائمةٌ في الأولى دونَ الثَّانية، ومَحلُّ الإيلاءِ مَن تكونُ مِن نسائنا بالنَّصِّ[3].

---

(١) المرادُ أن يُعلِّق قربانها بحجٍّ أو صومٍ أو صدقةٍ أو عِتق، وذلك كأن يقول: «إن قربتك فعليَّ حجُّ البيت، أو صوم سنة» إلى غير ذلك.

(٢) أي: في الإيلاء، ولكن إن باع العبدَ سَقَط الإيلاءُ عنه؛ لأنَّه صار بحالٍ يَملِكُ قُربانَها من غيرِ أن يَلزَمَه شيءٌ، فإنِ اشتراه لَزِمَه الإيلاءُ من وقتِ الشِّراءِ؛ لأنَّه صار بحالٍ لا يَملِكُ قُربانَها إلَّا بعتق يَلزَمُه. ولو كان جامَعَها بعدما باعَهُ ثمَّ اشتراه لم يكن مُولياً؛ لأنَّ اليمينَ قد سَقَطت لوجودِ شرطِ الحِنثِ بعدَ بيعِ العبدِ. وإن مات العبدُ قبلَ أن يَبيعَه سَقَطَ الإيلاءُ؛ لأنَّه يَتمكَّنُ من قُربانِها بعدَ مَوتِهِ من غير أن يَلزَمَه شيءٌ. عناية.

(٣) وهو قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ [البَقَرَة: ٢٢٦].

ولو قال لأجنبيَّةٍ: «واللهِ لا أقرَبُكِ، أو أنتِ عَلَيَّ كَظهرِ أمِّي» ثمَّ تزَوَّجَها، لم يَكُنْ مُولِياً ولا مُظاهِراً، وإنْ قَرِبَها كَفَّرَ. ومُدَّةُ إيلاءِ الأمَةِ شَهْرانِ. وإنْ كان المُولِي مَرِيضاً لا يَقْدِرُ على الجِماعِ، أو كانتْ مَرِيضَةً أو رَتْقاءَ أو صَغِيرَةً لا تُجامَعُ، أو كانَتْ بَيْنَهما مسافَةٌ لا يَقْدِرُ أنْ يَصِلَ إليها في مُدَّةِ الإيلاءِ، فَفَيْؤُهُ أنْ يَقولَ بلسانِهِ: «فِئتُ إليها» في مُدَّةِ الإيلاءِ، فإنْ قال ذلكَ سَقَطَ الإيلاءُ، ....

فلو انقضتِ العدَّةُ قبل انقضاءِ مدَّةِ الإيلاءِ سقَطَ الإيلاءُ لفواتِ المَحلِّيَّة.

(ولو قال لأجنبيَّةٍ: «واللهِ لا أقربُكِ، أو أنتِ عَلَيَّ كَظهرِ أمِّي» ثمَّ تزَوَّجَها، لم يَكُنْ مُولِياً ولا مُظاهِراً)؛ لأنَّ الكلامَ في مَخرجِهِ وَقَع باطلاً، لانعدامِ المَحلِّيَّة فلا يَنقلِبُ صحيحاً بعد ذلك، (وإنْ قَرِبَها كَفَّرَ)؛ لِتحقُّقِ الحِنْث؛ إذِ اليمينُ مُنعقِدَةٌ في حقِّه.

(ومُدَّةُ إيلاءِ الأمَةِ شَهْرانِ)؛ لأنَّ هذه مدَّةٌ ضُرِبت أجلاً للبينونة، فَتَتنصَّفُ بالرِّقِّ كمُدَّةِ العِدَّة.

(وإنْ كان المُولِي مَرِيضاً لا يَقْدِرُ على الجِماعِ، أو كانتْ مَرِيضَةً أو رَتْقاءَ أو صَغِيرَةً لا تُجامَعُ، أو كانَتْ بَيْنَهما مسافَةٌ لا يَقْدِرُ أنْ يَصِلَ إليها في مُدَّةِ الإيلاءِ، فَفَيْؤُهُ أنْ يَقولَ بِلسانِهِ: «فِئتُ إليها» في مُدَّةِ الإيلاءِ، فإنْ قال ذلكَ سَقَطَ الإيلاءُ).

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ[1]: لا فَيْءَ إلَّا بالجماع، وإليه ذهب الطَّحاويُّ؛ لأنَّه لو كان فَيئاً لكان حِنْثاً[2].

ولنا: أنَّه آذاها بِذِكْر المَنْعِ، فيكون إرضاؤها بالوعدِ باللِّسانِ، وإذا ارتفَعَ الظُّلمُ لا يُجازَى بالطَّلاق.

---

(١) انظر الحاوي في الفقه (١٠/ ٣٨٧) ط الكتب العلمية، روضة الطالبين (٨/ ٢٥٤-٢٥٥) ط المكتب الإسلامي.

(٢) لأنَّ الفيء يستلزم حكمين : وجوب الكفارة وانتفاء الفرقة. ثم الفيء باللسان لا يعتبر في أحد الحكمين وهو الكفارة فكذلك في الآخر.

وَلَوْ قَدَرَ على الجِماعِ في المُدَّةِ بَطَلَ ذَلِكَ الفَيْءُ، وصارَ فَيْؤُهُ بِالجِماعِ. وإذا قالَ لامرَأَتِهِ: «أنتِ عَلَيَّ حَرامٌ» سُئِلَ عن نيَّتِه فإنْ قال: «أردتُ الكَذِبَ» فهو كما قال، وإنْ قال: «أَردتُ الطَّلاقَ» فَهِيَ تَطلِيقَةٌ بائِنَةٌ، إلَّا أنْ يَنْوِيَ الثَّلاثَ، وإنْ قالَ: «أَردتُ الظِّهارَ» فَهُو ظِهارٌ، وإنْ قال: «أردتُ التَّحرِيمَ، أو لَمْ أَرِدْ بِهِ شَيْئاً» فَهُو يَمِينٌ يَصِيرُ بِهِ مُولِياً.

(ولَوْ قَدَرَ على الجِماعِ في المُدَّةِ بَطَلَ ذَلِكَ الفَيْءُ، وصارَ فَيْؤُهُ بِالجِماعِ)؛ لأَنَّه قَدَر على الأصل قبلَ حصولِ المَقصودِ بالخَلَف.

(وإذا قالَ لامرَأَتِهِ: «أنتِ عَلَيَّ حَرامٌ» سُئِل عن نيَّتِه):

- (فإنْ قال: «أردتُ الكَذِبَ» فهو كما قال)؛ لأنَّه نوى حقيقةَ كلامِهِ. وقيل: لا يُصدَّقُ في القضاءِ؛ لأنَّه يَمينٌ ظاهراً.

- (وإنْ قال: «أردتُ الطَّلاقَ» فَهِيَ تَطلِيقَةٌ بائِنَةٌ، إلَّا أنْ يَنْوِيَ الثَّلاثَ)، وقد ذكرناه في الكنايات.

- (وإنْ قالَ: «أَردتُ الظِّهارَ» فَهُو ظِهارٌ)، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، وقال محمد رَحِمَهُٱللَّهُ: ليس بظهارٍ؛ لانعدامِ التَّشبيهِ بالمُحرَّمة، وهو الرُّكنُ فيه.

ولهما: أنَّه أطلق الحُرمةَ، وفي الظِّهارِ نوعُ حُرمةٍ، والمُطلَقُ يَحتمِلُ المقيَّدَ.

- (وإنْ قال: «أردتُ التَّحريمَ، أو لَمْ أَرِدْ بِهِ شَيْئاً» فَهُو يَمِينٌ يَصِيرُ بِهِ مُولِياً)؛ لأنَّ الأصلَ في تَحريمِ الحَلالِ إنَّما هو يَمينٌ عندنا، وسنذكره في الأيمان إن شاء الله.

ومن المشايخ مَنْ يَصرِفُ لفظةَ التَّحريمِ إلى الطَّلاقِ من غير نيَّةٍ بِحُكم العُرفِ، واللهُ أعلم بالصَّواب.

باب الخلع

وإذا تَشَاقَّ الزَّوجانِ وخافا أنْ لا يُقِيما حُدُودَ اللهِ، فَلا بَأْسَ بِأنْ تَفْتَدِيَ نَفْسَها مِنهُ بمالٍ يَخْلَعُها بِهِ، فإذا فَعَلا ذَلِكَ وَقَعَ بِالخُلْعِ تَطليقَةٌ بائِنَةٌ، ولَزِمَها المالُ. وإنْ كانَ النُّشُوزُ مِنْ قِبَلِهِ يُكْرَهُ لَهُ أنْ يَأخُذَ مِنْها عِوَضاً، وإنْ كانَ النُّشُوزُ مِنها كَرِهْنا لَهُ أنْ يَأخُذَ مِنْها أكثَرَ مِمَّا أعطاها، ....

(باب الخلع)[1]

(وإذا تَشَاقَّ الزَّوجانِ وخافا أنْ لا يُقِيما حُدُودَ اللهِ، فَلا بَأْسَ بِأنْ تَفْتَدِيَ نَفْسَها مِنهُ بمالٍ يَخْلَعُها بِهِ)؛ لقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البَقَرة: ٢٢٩].

(فإذا فَعَلا ذَلِكَ وَقَعَ بِالخُلْعِ تَطليقَةٌ بائِنَةٌ ولَزِمَها المالُ)؛ لقوله ﷺ: «الخُلعُ تطليقةٌ بائنةٌ[2]»، ولأنَّه يَحتمِلُ الطَّلاقَ حتَّى صار من الكنايات، والواقعُ بالكناياتِ بائنٌ، إلَّا أنَّ ذِكرَ المالِ أغنى عن النِّيَّة هنا، ولأنَّها لا تُسلِّمُ المالَ إلَّا لِتَسْلَمَ لها نَفسُها، وذلك بالبينونة.

(وإنْ كانَ النُّشُوزُ مِنْ قِبَلِهِ يُكْرَهُ لَهُ أنْ يَأخُذَ مِنْها عِوَضاً)؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ﴾ [النِّساء: ٢٠] إلى أن قال: ﴿فَلَا تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْـًٔا﴾ [النِّساء: ٢٠]، ولأنَّه أوحَشَها بالاستبدالِ فلا يَزِيدُ في وُحشَتِها بأخذِ المال.

(وإنْ كانَ النُّشُوزُ مِنها كَرِهْنا لَهُ أنْ يَأخُذَ مِنْها أكثَرَ مِمَّا أعطاها)، وفي رواية الجامع الصَّغير: طابَ الفَضلُ أيضاً؛ لإطلاق ما تَلَونا بَدْءاً.

---

(١) «الخُلعُ» بالضَّمِّ اسمٌ من قولهم: خالَعَتِ المرأةُ زَوْجَها، واختَلَعَت منه بمالها.
وهو في الشَّريعة: عبارةٌ عن أخذِ مالٍ من المرأةِ بإزاءِ مِلكِ النِّكاحِ بِلَفظِ الخُلع. عناية.

(٢) أخرجه الدار قطني في كتاب الطلاق والخلع، برقم (١٣٤)، والبيهقي في الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب: الخلع هل هو فسخ أو طلاق (١٤٦٤٢)، عن ابن عباس: أنَّ النَّبيَّ ﷺ جعَلَ الخُلعَ تطليقةً بائنةً. الحديث فيه كلام كثير، انظر نصب الراية (٣/ ٢٤٣).

فَلَو أَخَذَ الزِّيادَةَ جازَ في القَضاءِ. وإنْ طَلَّقَها على مالٍ فَقَبِلَتْ وَقَعَ الطَّلاقُ وَلَزِمَها المالُ وكانَ الطَّلاقُ بائِناً. ....

ووجهُ الأخرى قولُه ﷺ في امرأة ثابتِ بن قيس بنِ شَمَّاس: «أمَّا الزِّيادةُ فلا[١]»، وقد كان النُّشوزُ منها.

(فَلَو أَخَذَ الزِّيادَةَ جازَ في القَضاءِ)، وكذلك إذا أخذَ والنُّشوزُ منه؛ لأنَّ مقتضى ما تلوناه[٢] شيئان: الجوازُ حُكماً والإباحةُ[٣]، وقد تُرِك العملُ في حقِّ الإباحةِ لِمُعارِض[٤]، فَبَقِي معمولاً في الباقي.

(وإنْ طَلَّقَها على مالٍ فَقَبِلَتْ وَقَعَ الطَّلاقُ وَلَزِمَها المالُ)؛ لأنَّ الزَّوجَ يَستبِدُّ بالطَّلاق تَنجيزاً وتعليقاً، وقد علَّقَه بِقَبولها، والمرأةُ تَملِك التزامَ المالِ لِوِلايتها على نفسِها، ومِلكُ النِّكاحِ ممَّا يجوزُ الاعتياضُ عنه وإن لم يكن مالاً كالقصاص.

(وكانَ الطَّلاقُ بائِناً) لِما بيَّنَّا[٥]، ولأنَّه مُعاوَضةُ المالِ بالنَّفس، وقد مَلَك الزَّوجُ أحدَ البدَلَين، فتملِكُ هي الآخَرَ - وهو النَّفس - تحقيقاً للمساواة.

---

(١) أخرج أبو داود في المراسيل، كتاب الطلاق، برقم (٢٣٥) عن عطاء قال: جاءت امرأةٌ إلى النَّبيِّ ﷺ تشكو زوجَها، فقال: «أتردِّينَ عليه حديقتَه؟»، قالت: نعم وزيادة، قال: «أمَّا الزِّيادةُ فلا».
والحديث في البخاري في الطلاق، باب: الخلع وكيفية الطلاق فيه (٤٩٧١) دون ذكر الزِّيادة.

(٢) وهو قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البَقَرَة: ٢٢٩].

(٣) قوله: «الجواز حكماً» أي: جوازُ أخذِ الزِّيادةِ في القضاء، «والإباحة» أي: إباحة أخذ الزِّيادةِ، هكذا فسَّرَ الشَّارحون كلامَ المصنِّفِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وفرَّقوا بين العبارتين بأنَّ كلَّ مباحٍ جائزٌ دونَ العكسِ؛ لأنَّ الجوازَ ضِدُّ الحُرمةِ، والإباحةَ ضدُّ الكراهةِ.
فإذا انتفى الجوازُ ثبتَ ضدُّهُ، وهو الحرمةُ، فتنتفي الإباحةُ أيضاً، وإذا انتفت الإباحةُ ثبَتَ ضدُّها، وهو الكراهة، ولا ينتفي به الجوازُ؛ لِجَوازِ اجتماعِ الجوازِ مع الكراهة. عناية.

(٤) وهو قوله ﷺ: «أمَّا الزِّيادة فلا» لكونه نهياً لمعنىً في غيره، وهو زيادةُ الإيحاش كما تقدَّم، وهو لا يعدم المشروعيَّةَ، فبقي معمولا في الباقي، وهو الجواز.

(٥) أي: قبل قليل بقوله: «والواقع بالكنايات بائن».

وإنْ بَطَلَ العِوَضُ في الخُلْعِ، مِثْلُ أنْ يُخالِعَ المُسلِمُ على خَمْرٍ أو خِنزِيرٍ أو مَيتَةٍ، فلا شَيءَ لِلزَّوجِ، والفُرْقَةُ بائِنَةٌ، وإنْ بَطَلَ العِوَضُ في الطَّلاقِ كانَ رَجْعِيّاً.

قال: (وإنْ بَطَلَ العِوَضُ في الخُلْعِ مِثْلُ أنْ يُخالِعَ المُسلِمُ على خَمْرٍ أو خِنزِيرٍ أو مَيتَةٍ، فلا شَيءَ لِلزَّوجِ، والفُرْقَةُ بائِنَةٌ. وإنْ بَطَلَ العِوَضُ في الطَّلاقِ كانَ رَجْعِيّاً)، فَوُقوعُ الطَّلاقِ في الوجهين للتَّعليق بِالقَبول، وافتراقُهُما في الحكم؛ لأنَّه لـمَّا بَطَل العِوَضُ كان العاملُ في الأوَّلِ[1] لفظ الخُلعِ، وهو كنايةٌ، وفي الثَّاني[2] الصَّريحُ، وهو يُعقِبُ الرَّجعةَ.

وإنَّما لم يَجب للزَّوجِ شيءٌ عليها؛ لأنَّها ما سَمَّتْ مالاً مُتقوِّماً حتَّى تصيرَ غارَّةً له، ولأنَّه لا وجهَ إلى إيجابِ المُسمَّى للإسلامِ، ولا إلى إيجابِ غيرِهِ لِعَدَمِ الالتزام.

بخلاف ما إذا خالَعَ على خَلٍّ بِعَينه فظَهَر أنَّه خمرٌ؛ لأنَّها سمَّتْ مالاً فصار مَغروراً[3].

وبخلافِ ما إذا كاتَبَ أو أعتَقَ [عبده][4] على خَمرٍ، حيثُ تجبُ قيمةُ العبدِ؛ لأنَّ مِلكَ المولى فيه مُتقوِّمٌ، وما رَضِي بزوالِهِ مَجَّاناً.

أمَّا مِلكُ البُضْعِ في حالة الخروجِ فغيرُ متقوِّمٍ على ما نَذكُر.

وبخلافِ النِّكاح؛ لأنَّ البُضعَ في حالةِ الدُّخولِ متقوِّمٌ، والفقهُ فيه أنَّه شريفٌ فلم يُشرَعْ تَملُّكُه إلَّا بِعِوَضٍ إظهاراً لِشَرفِهِ، فأمَّا الإسقاطُ فنفسُهُ شرفٌ، فلا حاجةَ إلى إيجاب المال.

---

(١) وهو بُطلانُ العِوَض في الخلع.

(٢) وهو بُطلانُ العِوَض في الطَّلاق.

(٣) فإنَّه يلزمه عليها رَدُّ المهر الذي أخذته عند أبي حنيفة. وعندهما كِيلَ مِثلَ ذلك من خَلٍّ وسط، وهذا والصَّداق سواءٌ لأنَّها سمَّت مالاً وغرَّته بذلك فكانت ضامنةً؛ لأنَّ التَّغرير في ضمن العقد يُوجِب الضَّمان.

(٤) زيادة من (د).

وما جازَ أنْ يَكُونَ مَهْراً جازَ أنْ يَكُونَ بَدَلاً في الخُلْعِ. فإنْ قالتْ لَهُ: «خالِعْنِي عَلَى ما في يَدِي» فَخالَعَها، فَلَمْ يَكُنْ في يَدِها شَيءٌ، فلا شَيءَ لَهُ عليها. وإنْ قالتْ: «خالِعْنِي على ما في يَدِي مِنْ مالٍ» فَخالَعَها، فَلَمْ يَكُنْ في يَدِها شَيءٌ، رَدَّتْ عليه مَهْرَها. ولو قالتْ: «خالِعْنِي على ما في يَدِي مِنْ دَراهِمَ، أو مِنَ الدَّراهِمِ»، فَفَعَلَ فَلَمْ يَكُنْ في يَدِها شَيءٌ، فعَلَيها ثَلاثَةُ دَراهِمَ. ....

قال: (وما جازَ أنْ يَكُونَ مَهْراً جازَ أنْ يَكُونَ بَدَلاً في الخُلْعِ)؛ لأنَّ ما يَصلُح عِوَضاً للمتقوِّمِ أولى أن يَصلُحَ عِوَضاً لغيرِ المتقوِّمِ[١].

(فإنْ قالتْ لَهُ: «خالِعْنِي عَلَى ما في يَدِي» فَخالَعَها، فَلَمْ يَكُنْ في يَدِها شَيءٌ، فلا شَيءَ لَهُ عليها)؛ لأنَّها لم تَغُرَّهُ بتسميةِ المالِ.

(وإنْ قالتْ: «خالِعْنِي على ما في يَدِي مِنْ مالٍ» فَخالَعَها، فَلَمْ يَكُنْ في يَدِها شَيءٌ رَدَّتْ عليه مَهْرَها)؛ لأنَّها لمَّا سمَّتْ مالاً لم يكن الزَّوجُ راضياً بالزَّوال إلَّا بِعِوَضٍ، ولا وجهَ إلى إيجابِ المُسمَّى وقيمَتِهِ للجهالةِ، ولا إلى قيمةِ البُضْع - أعني: مهرَ المِثلِ -؛ لأنَّه غيرُ مُتقوِّمٍ حالةَ الخُروجِ، فتَعيَّنَ إيجابُ ما قام به على الزَّوجِ دفعاً للضَّررِ عنه.

(ولو قالتْ: «خالِعْنِي على ما في يَدِي مِنْ دَراهِمَ، أو مِنَ الدَّراهِمِ»، فَفَعَلَ فَلَمْ يَكُنْ في يَدِها شَيءٌ، فَعَلَيْهَا ثَلاثَةُ دَراهِمَ)؛ لأنَّها سمَّتِ الجمعَ وأقلُّه ثلاثةٌ، وكلمةُ «مِن» ههنا للصِّلة[٢] دونَ التَّبعيض؛ لأنَّ الكلامَ يَختلُّ بدونه[٣].

---

(١) أراد بغير المتقوِّم البُضع أيضاً، لكن حالةَ الخُلعِ.

(٢) أي: للبيان.

(٣) أي: بدون «من»؛ لأنَّها لو قالت: «خالعني على ما في يدي دراهم»، كان الكلام مختلاً، فكانت «مِنْ» صلة، ويبقى لفظ الجمع فيلزمها ثلاثةُ دراهم.

فإنِ اختَلَعَتْ عَلَى عَبدٍ لها آبِقٍ، على أنَّها بَريئةٌ مِنْ ضَمانِهِ، لَمْ تَبْرَأْ، وعليها تَسلِيمُ عَيْنِهِ إنْ قَدَرَتْ، وتَسلِيمُ قِيمَتِهِ إنْ عَجَزَتْ. وإذا قالتْ: «طَلِّقني ثَلاثاً بِألفٍ» فَطَلَّقَها واحِدَةً، فَعَلَيها ثُلُثُ الألفِ. وإنْ قالت: «طَلِّقني ثَلاثاً على ألفٍ» فَطَلَّقَها واحِدَةً، فلا شَيءَ عليها عند أبي حنيفة، ويَملِكُ الرَّجْعَةَ، وقالا: هي واحِدَةٌ بائنةٌ بِثُلُثِ الألفِ. ....

(فإنِ اختَلَعَتْ عَلَى عَبدٍ لها آبِقٍ، على أنَّها بَريئةٌ مِنْ ضَمانِهِ، لَمْ تَبْرَأْ وعليها تَسلِيمُ عَيْنِهِ إنْ قَدَرَتْ، وتَسلِيمُ قِيمَتِهِ إنْ عَجَزَتْ)؛ لأنَّه عقدُ المعاوَضَة، فيقتضي سلامةَ العِوَض، واشتراطُ البراءةِ عنه شرطٌ فاسدٌ، فيبطلُ إلّا أنَّ الخُلعَ لا يبطلُ بالشُّروط الفاسدة، وعلى هذا النِّكاحُ .

(وإذا قالتْ: «طَلِّقني ثَلاثاً بِألفٍ» فَطَلَّقَها واحِدَةً، فَعَلَيها ثُلُثُ الألفِ)؛ لأنَّها لَمَّا طَلَبَت الثَّلاثَ بألفٍ، فقد طَلَبَت كلَّ واحدةٍ بِثُلثِ الألف، وهذا لأنَّ حرفَ الباء يَصحَبُ الأعواضَ، والعِوَضُ يَنقسِمُ على المُعَوَّض، والطَّلاقُ بائنٌ لِوُجوبِ المال.

(وإنْ قالت: «طَلِّقني ثَلاثاً على ألفٍ» فَطَلَّقَها واحِدَةً، فلا شَيءَ عليها عند أبي حنيفة، ويَملِكُ الرَّجْعَةَ. وقالا: هي واحِدَةٌ بائنةٌ بِثُلُثِ الألفِ)؛ لأنَّ كلمةَ «على» بمنزلة الباء في المعاوَضاتِ، حتَّى إنَّ قولهم: «احمل هذا الطَّعام بدرهم، أو على درهم» سواءٌ.

وله: أنَّ كلمة «على» للشَّرط، قال الله تعالى: ﴿يُبَايِعْنَكَ عَلَىٰٓ أَن لَّا يُشْرِكْنَ بِٱللَّهِ شَيْـًٔا﴾ [المُمتَحَنَة: ١٢][(١)].

ومَنْ قال لامرأته: «أنتِ طالقٌ على أنْ تدخلي الدَّارَ» كان شرطاً، وهذا لأنَّه لِلُّزومِ حقيقةً، واستُعير للشَّرطِ لأنَّه يُلازِمُ الجزاءَ، وإذا كان للشَّرطِ فالمشروطُ

---

(١) أي: شَرْطَ أن لا يُشركن، وهذا في بيعة النِّساء، والشَّرطُ يقابلُ المشروط جملةً، ولا يقابل أجزاءه. رد المحتار.

ولو قال الزَّوجُ: «طَلِّقِي نَفْسَكِ ثلاثاً بِألفٍ، أو على ألفٍ» فَطَلَّقَتْ نَفْسَها واحِدَةً، لَمْ يَقَعْ شيءٌ. ولو قال: «أنتِ طالِقٌ على ألفٍ» فَقَبِلَتْ، طَلُقَتْ وعليها الألفُ، وهُوَ كَقَولِهِ: «أنتِ طالِقٌ بألفٍ». ولو قال لامرأتِهِ: «أنتِ طالِقٌ وعَلَيكِ ألفٌ» فَقَبِلَتْ، أو قال لِعَبدِهِ: «أنتَ حُرٌّ وعليكَ ألفٌ» فَقَبِلَ عَتَقَ العبدُ، وطَلُقَتِ المَرأةُ ولا شَيءَ عليهما عند أبي حنيفة، وقالا: على كلِّ واحدٍ منهما الألفُ إذا قَبِلَ.

لا يَتوَزَّعُ على أجزاءِ الشَّرط[1]، بخلاف الباء لأنَّه للعِوَضِ على مامر[2]، وإذا لم يجبِ المالُ كان مُبتَدأً فوقع الطَّلاقُ، ويَملِكُ الرَّجعة.

(**ولو قال الزَّوجُ: «طَلِّقِي نَفْسَكِ ثلاثاً بِألفٍ، أو على ألفٍ» فَطَلَّقَتْ نَفْسَها واحِدَةً، لَمْ يَقَعْ شيءٌ**)؛ لأنَّ الزَّوجَ ما رَضِي بالبينونةِ إلَّا لِتَسلَمَ له الألفُ كلُّها، بخلافِ قولها: «طلِّقني ثلاثاً بألف»؛ لأنَّها لمَّا رضيت بالبينونةِ بألفٍ كانت بِبَعضِها أرضى.

(**ولو قال: «أنتِ طالِقٌ على ألفٍ» فَقَبِلَتْ، طَلُقَتْ وعليها الألفُ، وهُوَ كَقَولِهِ: «أنتِ طالِقٌ بألفٍ»**) ولا بدَّ مِن القَبول في الوجهين؛ لأنَّ معنى قوله: «بألف» بِعِوَضِ ألف يجبُ لي عليك.

ومعنى قوله: «على ألف» على شَرطِ ألفٍ يكونُ لي عليك، والعِوَضُ لا يجبُ بدونِ قَبُوله، والمُعلَّقُ بالشَّرطِ لا يَنزِلُ قبلَ وُجودِه، والطَّلاقُ بائنٌ لِما قلنا.

(**ولو قال لامرأتِهِ: «أنتِ طالِقٌ وعَلَيكِ ألفٌ» فَقَبِلَتْ، أو قال لِعَبدِهِ: «أنتَ حُرٌّ وعليكَ ألفٌ» فَقَبِلَ عَتَقَ العبدُ، وطَلُقَتِ المَرأةُ ولا شَيءَ عليهما عند أبي حنيفة** رَحِمَهُ اللهُ)، وكذا إذا لم يَقْبلا. (**وقالا: على كلِّ واحدٍ منهما الألفُ إذا قَبِلَ**)، وإذا لم يَقبلْ لا يقعُ الطَّلاقُ والعِتاقُ.

---

[1] لأنَّ المشروطَ لا يُوجَد إلَّا عند وجودِ الشَّرط، والشَّرطُ عبارةٌ عن جميع الأجزاء، فلا يقع جزءٌ من المشروط بوجود جزءٍ من الشَّرط، لعدم وجود الشَّرط.

[2] أي: عند قوله: «لأنَّ حرف الباء يصحب الأعواض» انظر ص (٢٠٦).

ولو قال: «أنتِ طالقٌ على ألفٍ، على أنِّي بِالخِيار، أو على أنَّكَ بِالخِيارِ ثَلاثَةَ أيَّام» فَقبِلَتْ، فَالخِيارُ باطِلٌ إذا كان لِلزَّوج، وهو جائِزٌ إذا كان لِلمَرأةِ، فإنْ رَدَّتِ الخِيارَ في الثَّلاثِ بَطَلَ، وإنْ لم تَرُدَّ طَلُقَتْ ولَزِمَها الألفُ، وقالا: الخِيارُ باطِلٌ في الوَجْهَينِ، والطَّلاقُ واقعٌ وعليها ألفُ دِرْهَمٍ. ....

لهما: أنَّ هذا الكلام يُستعمَلُ للمُعاوَضةِ، فإنَّ قولَهم: «اِحملْ هذا المَتاعَ ولك دِرهمٌ» بمنزلةِ قولِهم: «بدرهم».

وله: أنه[١] جملةٌ تامَّةٌ، فلا ترتبطُ بما قبله إلَّا بدلالةٍ، إذِ الأصلُ فيها الاستقلالُ، ولا دلالة[٢] لأنَّ الطَّلاقَ والعتاقَ يَنفكَّانِ عن المال، بخلاف البيع والإجارةِ لأنَّهما لا يُوجَدان دونه.

(ولو قال: «أنتِ طالقٌ على ألفٍ، على أنِّي بِالخِيار، أو على أنَّكَ بِالخِيارِ ثَلاثَةَ أيَّام» فَقبِلَتْ، فَالخِيارُ باطِلٌ إذا كان لِلزَّوج، وهو جائِزٌ إذا كان لِلمَرأةِ، فإنْ رَدَّتِ الخِيارَ في الثَّلاثِ بَطَلَ، وإنْ لم تَرُدَّ طَلُقَتْ ولَزِمَها الألفُ)، وهذا عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ.

(وقالا: الخِيارُ باطِلٌ في الوَجْهَينِ، والطَّلاقُ واقعٌ وعليها ألفُ دِرْهَمٍ)؛ لأنَّ الخيارَ لِلفَسْخ بعد الانعقادِ، لا للمنعِ من الانعقادِ، والتَّصرُّفانِ لا يَحتملانِ الفسخَ من الجانبين؛ لأنَّه في جانبه يمينٌ ومن جانبها شرطٌ[٣].

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ: أنَّ الخُلعَ في جانبِها بمنزلةِ البيع[٤]، حتَّى يصحُّ رجوعُها

---

(١) أي: قوله: «وعليك ألف».

(٢) أي: ولا دلالة هنا على الارتباط بما قبلها.

(٣) أمَّا كونُه يَميناً من جانبِهِ فلأنَّه يمينٌ؛ لأنَّه ذكر شرط وجزاء معنى، واليمينُ لا يَقبَل الفسخ.
وأمَّا كونه يميناً من جانبها فلأنَّ قَبولَ المرأةِ شرطُ تمامِ اليمين، فإنَّ يمينَ الزَّوجِ تَتِمُّ بِقَبولِ المرأةِ، فأخذ قَبولُها حكمَ اليمين في عدمِ احتمالِ الفسخ. عناية.

(٤) لأنَّه تمليكُ مالٍ بِعِوَض.

وَمَنْ قال لامرأتِهِ: «طَلَّقتُكِ أمسِ على ألفِ دِرهَمٍ فَلَمْ تَقبَلِي»، فقالت: «قَبِلتُ»، فالقَولُ قَولُ الزَّوجِ. وَمَنْ قال لِغَيرِهِ: «بِعتُ مِنكَ هذا العبدَ بِألفِ دِرْهَمٍ أمسِ فَلَمْ تَقْبَلْ»، فقال: «قَبِلتُ»، فَالقولُ قَولُ المُشتَرِي. والمُبارَأَةُ كالخُلْعِ، كِلاهُما يُسقِطانِ كُلَّ حَقٍّ لِكُلِّ واحدٍ مِنَ الزَّوجَينِ على الآخَرِ مِمَّا يَتعَلَّقُ بِالنِّكاحِ عندَ أبي حنيفة. ...

ولا يتوقَّفُ على ما وراء المجلسِ، فيصحُّ اشتراطُ الخيارِ فيه، أمَّا في جانبِهِ يمينٌ حتَّى لا يصحُّ رجوعُهُ ويتوقَّفُ على ما وراء المجلِسِ، ولا خيارَ في الأيمان.

وجانبُ العبدِ في العتاقِ مِثلُ جانِبِها في الطَّلاق[1].

(وَمَنْ قال لامرأتِهِ: «طَلَّقتُكِ أمسِ على ألفِ دِرهَمٍ فَلَمْ تَقبَلِي»، فقالت: «قَبِلتُ»، فالقَولُ قَولُ الزَّوجِ).

(وَمَنْ قال لِغَيرِهِ: «بِعتُ مِنكَ هذا العبدَ بِألفِ دِرْهَمٍ أمسِ فَلَمْ تَقْبَلْ»، فقال: «قَبِلتُ»، فَالقولُ قَولُ المُشتَرِي).

ووجهُ الفرق: أنَّ الطَّلاقَ بالمال يمينٌ من جانبِهِ، فالإقرارُ به لا يكونُ إقراراً بالشَّرطِ لِصِحَّتِه بدونه، أمَّا البيعُ فلا يتمُّ إلَّا بالقَبُول، والإقرارُ به إقرارٌ بما لا يتمُّ إلَّا به، فإنكارُهُ القَبولَ رجوعٌ منه.

قال: (والمُبارَأةُ[2] كالخُلعِ، كِلاهُما يُسقِطانِ كُلَّ حَقٍّ لِكُلِّ واحدٍ مِنَ الزَّوجَينِ على الآخَرِ مِمَّا يَتعَلَّقُ بِالنِّكاحِ عندَ أبي حنيفة).

وقال محمَّد رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَسقُطُ فيهما إلَّا ما سمَّياه.

---

(١) يعني: يصحُّ الخيارُ من العبدِ إذا خيَّره في الإعتاق على مالٍ كما يصحُّ الخُلعُ من جانب المرأة. وتوضيحه: إذا طلَّقها على مالٍ وجعل الخيارَ لها ثلاثةَ أيَّام، جاز عند أبي حنيفة لأنَّه في معنى البيع، وكذلك إذا أعتق عبدَهُ على مالٍ وجعَلَ له الخيارَ ثلاثةَ أيَّام، جاز لأنَّه في معنى البيع، وعندهما لا يصحُّ الخيار.

(٢) المبارأة - بفتح الهمزة - مُفاعَلَة من «بارَأَ شريكَهُ» إذا أبرأ كُلُّ واحدٍ منهما صاحبه. وتركُ الهمزةِ خطأٌ، وكذا في المغرب.

وَمَنْ خَلَعَ ابنَتَهُ وهي صَغِيرَةٌ بِمالِها لَمْ يَجُزْ عَلَيها، ....

وأبو يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ معه في الخُلْع ومع أبي حنيفه رَحِمَهُ اللَّهُ في المُبارأة.

لمحمَّد رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّ هذه مُعاوَضَةٌ، وفي المُعاوَضاتِ يُعتَبَر المَشروطُ لا غيرُهُ.

ولأبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّ المُبارأة مُفاعَلَةٌ من البَرَاءة، فَتقتَضيها من الجانبين، وأنَّهُ مُطلَقٌ قيَّدناه بحقوقِ النِّكاح لدلالةِ الغرض[1]. أمَّا الخُلعُ فمقتضاه الانخلاعُ، وقد حصَلَ في نَقضِ النِّكاح، ولا ضرورةَ إلى انقطاعِ [هذه][2] الأحكام.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّ الخلعَ يُنبئ عن الفَصْل، ومنه خَلْعُ النَّعلِ وخَلْعُ العَمَلِ، وهو مُطلَقٌ كالمُبارأة، فَيُعمَلُ بإطلاقِهما في النِّكاح وأحكامِه وحُقوقِهِ.

قال: (وَمَنْ خَلَعَ ابنَتَهُ وهي صَغِيرَةٌ بِمالِها لَمْ يَجُزْ عَلَيها)؛ لأنَّه لا نَظَرَ لها فيه، إذِ البُضعُ في حالةِ الخروجِ غيرُ مُتقوِّمٍ، والبدلُ مُتقوِّمٌ[3]، بخلاف النِّكاح[4]؛ لأنَّ البُضعَ مُتقوِّمٌ عند الدُّخول.

ولهذا[5] يُعتَبَرُ خُلْعُ المريضةِ من الثُّلُثِ، ونكاحُ المريضِ بمهرِ المثلِ من جميعِ المالِ، وإذا لم يَجُزْ لا يسقطُ المهرُ ولا يُستَحَقُّ مالُها، ثمَّ يقعُ الطَّلاقُ في روايةٍ، وفي رواية لا يقعُ، والأوَّلُ أصحُّ لأنَّه تعليقٌ بشرطِ قبولِهِ[6]، فَيُعتَبَرُ بالتَّعليقِ بسائرِ الشُّروطِ.

---

(١) والغرض هو وقوعُ البراءةِ عمَّا وقعتِ البراءةُ لأجله، وهو النُّشوزُ الحاصِلُ بسبب وُصلةِ النِّكاح، وانقطاعُ المنازعةِ إنَّما يكون بإسقاط ما وجب باعتبار تلك الوُصلةِ، كذا في بعض الشُّروح. وقيل: الغرضُ هو قطعُ المنازعة النَّاشئة بالنِّكاح، فتتقيَّدُ البراءةُ بالحقوق الواجبة بالنِّكاح، أمَّا الخلعُ فمقتضاه الانخلاعُ، وقد حصل في نفس النِّكاح، فلا ضرورة إلى انقطاع الأحكام. عناية.

(٢) زيادة من (ج).

(٣) ولا نظر في إلزام ما هو متقوِّم بمقابلة ما ليس متقوِّم.

(٤) فإنَّ الرَّجل إذا زوَّج ابنَه الصَّغيرَ امرأةً بمهر المثلِ صحَّ.

(٥) أي: ولكون البضع في حالة الخروج غير متقوِّم، ومتقوِّم عند الدُّخول.

(٦) أي: لأنَّ الخلع تعليقُ الطَّلاق بشرط قَبولِ الأب، وقد وُجِد.

وإنْ خالَعَها على ألفٍ على أنَّهُ ضامِنٌ، فَالخُلْعُ واقِعٌ والألْفُ على الأبِ، وإنْ شَرَطَ الألفَ عَلَيْها، تَوَقَّفَ على قَبُولِها إنْ كانتْ مِنْ أهلِ القَبُولِ، فإنْ قَبِلَتْ وَقَعَ الطَّلاقُ ولا يَجِبُ المالُ، وكذا إنْ خالَعَها على مَهْرِها، ولَمْ يَضْمَنِ الأبُ المَهْرَ، تَوَقَّفَ على قَبُولِها، فإنْ قَبِلَتْ طَلُقَتْ ولا يَسْقُطُ المَهرُ، وإن ضَمِنَ الأبُ المهرَ - وهو ألفُ درهمٍ - طَلُقت ويلزمُهُ خَمسُمائةٍ.

(وإنْ خالَعَها على ألفٍ على أنَّهُ ضامِنٌ، فَالخُلْعُ واقِعٌ والألْفُ على الأبِ)؛ لأنَّ اشتراطَ بدلِ الخُلعِ على الأجنبيِّ صحيحٌ، فعلى الأبِ أولى، ولا يَسقطُ مَهرُها؛ لأنه لم يدخلْ تحتَ ولايةِ الأبِ.

(وإنْ شَرَطَ الألفَ عَلَيْها، تَوَقَّفَ على قَبُولِها إنْ كانتْ مِنْ أهلِ القَبُولِ[1]، فإنْ قَبِلَتْ وَقَعَ الطَّلاقُ)؛ لوجودِ الشَّرطِ، (ولا يَجِبُ المالُ) لأنَّها ليست من أهلِ الغرامةِ، فإنْ قَبِلَه الأبُ عنها ففيه روايتان[2]، (وكذا إنْ خالَعَها على مَهْرِها، ولَمْ يَضْمَنِ الأبُ المَهْرَ تَوَقَّفَ على قَبُولِها، فإنْ قَبِلَتْ طَلُقَتْ ولا يَسْقُطُ المَهرُ)، فإن قَبِلَ الأبُ عنها فعلى الرِّوايتين، (وإن ضَمِنَ الأبُ المهرَ - وهو ألفُ درهم - طَلُقت)؛ لِوُجودِ قَبولِهِ، وهو الشَّرطُ، (ويلزمُهُ خَمسُمائةٍ) استحساناً، وفي القياسِ يلزمُهُ الألفُ.

وأصلُهُ في الكبيرةِ إذا اختَلَعَت قبلَ الدُّخولِ على ألفٍ ومهرُها ألفٌ، ففي القياس: عليها خَمسُمائةٍ زائدةٌ، وفي الاستحسان: لا شيءَ عليها؛ لأنَّه يُرادُ به عادةً حاصلُ ما يَلزَم لها.

---

(١) أي: إن كانت عاقلةً. وقال التُّمرتاشي: إن كانت تعقل العقد وتُعبِّر عن نفسها.

(٢) أي: في هذا القبول روايتان، روايةٌ يصحُّ لأنَّ هذا نفعٌ محضٌ للصَّغيرة؛ لأنَّ الصَّغيرة تتخلَّص من عُهدته بغير مالٍ، فصحَّ من الأب كَقَبول الهبةِ، كذا في مبسوط فخر الإسلام، وفيه نظر. وفي رواية لا يصحُّ لأنَّ هذا القَبول بمعنى شرط اليمين، وذلك ممَّا لا يحتمل النِّيابة.

(باب الظهار)

وإذا قال الرَّجلُ لامرأتِهِ: «أنتِ عليَّ كَظَهْرِ أمِّي» فَقَدْ حَرُمَتْ عليهِ، لا يَحِلُّ لَهُ وَطْؤُها ولا مَسُّها ولا تَقبِيلُها حتَّى يُكَفِّرَ عَنْ ظِهارِهِ، ....

(باب الظهار[1])

(وإذا قال الرَّجلُ لامرأتِهِ: «أنتِ عليَّ كَظَهْرِ أمِّي» فَقَدْ حَرُمَتْ عليهِ، لا يَحِلُّ لَهُ وَطْؤُها ولا مَسُّها ولا تَقبِيلُها حتَّى يُكَفِّرَ عَنْ ظِهارِهِ)؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ [المجادلة: ٣] إلى أن قال: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾ [المجادلة: ٣].

والظِّهارُ كان طلاقاً في الجاهليَّةِ، فقرَّرَ الشَّرعُ أصْلَه ونَقَل حُكمَه إلى تحريم مُؤقَّتٍ بالكفَّارةِ، غيرِ مُزيلٍ للنِّكاحِ، وهذا لأنَّه جنايةٌ؛ لكونه مُنكَراً من القولِ وزُوراً، فيُناسِبُ المُجازاةَ عليها بالحُرمةِ، وارتفاعُها بالكفَّارةِ.

ثمَّ الوطءُ إذا حَرُم حَرُم بِدَواعيه؛ كيلا يَقَعَ فيه، كما في الإحرام.

بخلافِ الحائضِ والصَّائمِ؛ لأنَّه يَكثُرُ وُجودُهما، فلو حَرُمَ الدَّواعي يُفضي إلى الحَرَجِ، ولا كذلك الظِّهارُ والإحرامُ.

---

(١) الظِّهار لغةً: مصدرُ «ظاهر» وهو مُفاعَلَةٌ من الظَّهرِ، فيصحُّ أن يُرادَ به معانٍ مُختلِفَةٍ ترجعُ إلى الظَّهرِ معنىً ولفظاً بحسب اختلافِ الأغراضِ، فيقال: «ظاهرتُ» أي: قابلتَ ظهرَكَ بظهرِهِ حقيقةً، وإذا غايَظتَهُ أيضاً وإن لم تُدابِرْه حقيقةً، باعتبارِ أنَّ المُغايَظَة تقتضي هذه المقابَلَةَ. وظاهرتُهُ إذا نَصرتُهُ، باعتبارِ أنَّه يُقال: قوَّى ظهرَهُ إذا نصرَه. وظاهَرَ من امرأتِهِ، وأظهَرَ، وتَظاهَرَ، واظَّاهَرَ، وظَهَّرَ، وتَظهَّرَ إذا قال لامرأته: «أنتِ عليَّ كَظهرِ أمِّي».
وفي الشَّرع: هو تَشبيهُ الزَّوجةِ أو جُزءٍ منها شائعٍ، أو مُعبَّرٍ به عن الكلِّ، بما لا يَحِلُّ النَّظرُ إليه من المُحرَّمةِ على التَّأبيدِ، ولو بِرَضاعٍ أو صِهريَّةٍ. فتح باختصار.

فإنْ وَطِئَها قبلَ أنْ يُكفِّرَ استَغْفَرَ اللهَ تعالى، ولا شَيءَ عليهِ غَيرُ الكفَّارةِ الأولى، ولا يَعودُ حتَّى يُكفِّرَ. وهذا اللَّفظُ لا يَكُونُ إلَّا ظِهاراً، ولو نَوَى بِهِ الطَّلاقَ لا يَصِحُّ. وإذا قال: «أنتِ عَلَيَّ كَبَطْنِ أمِّي» أو «كَفَخِذِها» أو «كَفَرْجِها» فَهُوَ مُظاهِرٌ، وكذا إذا شَبَّهها بِمَنْ لا يَحِلُّ لَهُ النَّظرُ إليها عَلَى التَّأبيدِ مِنْ مَحارِمِهِ، مِثْلِ أُختِهِ أو عَمَّتِهِ أو أُمِّهِ مِنَ الرَّضاعَةِ، وكذلك إذا قال: «رأسُكِ عليَّ كَظَهْرِ أُمِّي» أو «فَرْجُكِ»، أو «وَجْهُكِ»، أو «رَقَبَتُكِ»، أو «نِصْفُكِ»، أو «ثُلُثُكِ»، أو «بدَنُكِ».

(فإنْ وَطِئَها قبلَ أنْ يُكفِّرَ استَغْفَرَ اللهَ تعالى، ولا شَيءَ عليهِ غَيرُ الكفَّارةِ الأولى، ولا يَعودُ حتَّى يُكفِّرَ)؛ لقوله ﷺ لِلذي واقَعَ في ظِهارِه قبلَ الكفَّارة: «استغفِرِ اللهَ ولا تَعُدْ حتَّى تُكفِّر[1]»، ولو كان شيءٌ آخَرُ واجباً لَنبَّهَ عليه.

قال: (وهذا اللَّفظُ لا يَكُونُ إلَّا ظِهاراً)؛ لأنَّه صريحٌ فيه، (ولو نَوَى بِهِ الطَّلاقَ لا يَصِحُّ)؛ لأنَّه منسوخٌ، فلا يتمكَّنُ من الإتيان به.

(وإذا قال: «أنتِ عَلَيَّ كَبَطْنِ أمِّي، أو كَفَخِذِها، أو كَفَرْجِها» فَهُوَ مُظاهِرٌ)؛ لأنَّ الظِّهارَ ليس إلَّا تشبيهُ المُحلَّلةِ بالمُحرَّمةِ، وهذا المعنى يتحقَّقُ في عُضوٍ لا يجوزُ النَّظرُ إليه.

(وكذا إذا شَبَّهها بِمَنْ لا يَحِلُّ لَهُ النَّظرُ إليها عَلَى التَّأبيدِ مِنْ مَحارِمِهِ، مِثْلِ أُختِهِ أو عَمَّتِهِ أو أُمِّهِ مِنَ الرَّضاعَةِ)؛ لأنَّهنَّ في التَّحريمِ المؤبَّدِ كالأمِّ.

(وكذلك إذا قال: «رأسُكِ عليَّ كَظَهْرِ أُمِّي، أو فَرْجُكِ، أو وَجْهُكِ، أو رَقَبَتُكِ، أو نِصْفُكِ، أو ثُلُثُكِ، أو بَدَنُكِ)؛ لأنَّه يُعبَّرُ بها عن جميع البدن، ويثبتُ الحكمُ

---

(١) أخرج ابن ماجه في الطلاق، باب: المظاهر يجامع قبل أن يكفر (٢٠٦٥)، والترمذي في الطلاق، باب: ما جاء في المظاهر يواقع قبل أن يكفر (١١٩٩)، والنسائي في الصغرى، كتاب الطلاق، باب: الظهار (٣٤٥٧) عن ابن عباس: أنَّ رجلاً أتى النَّبيَّ ﷺ قد ظاهر من امرأتِهِ فوَقَعَ عليها، فقال: يا رسول الله، إنِّي قد ظاهرتُ من زوجتي فَوَقعتُ عليها قبلَ أن أكفِّر، فقال: «وما حمَلَكَ على ذلك يَرحمُكَ الله؟»، قال: رأيتُ خَلخالَها في ضوءِ القمرِ، قال: «فلا تَقْرَبْها حتَّى تَفعَل ما أَمَرَكَ اللهُ به».

ولو قال: «أنتِ عَلَيَّ مِثلُ أمِّي» أو «كأمِّي» يُرْجَعُ إلى نِيَّتِهِ، فإنْ قال: «أردتُ الكَرامَةَ» فَهُو كما قال، وإنْ قال: «أردتُ الظِّهارَ» فَهُوَ ظِهارٌ، وإنْ قال: «أردتُ الطَّلاقَ» فَهُوَ طَلاقٌ بائنٌ، وإنْ لم تَكُنْ له نِيَّةٌ فَلَيس بِشَيءٍ. ولو قال: «أنتِ عَلَيَّ حَرامٌ كأُمِّي»، ونَوَى ظِهاراً أو طَلاقاً، فَهُو على ما نَوَى. ....

في الشَّائع، ثمَّ يتعدَّى كما بيَّنَّاه في الطلاق.

(ولو قال: «أنتِ عَلَيَّ مِثلُ أمِّي، أو كأمِّي» يُرْجَعُ إلى نِيَّتِهِ) لِيَنكشِفَ حكمُهُ:

- (فإنْ قال: «أردتُ الكَرامَةَ» فَهُو كما قال)؛ لأنَّ التَّكريمَ بالتَّشبيهِ فاشٍ في الكلام.

- (وإنْ قال: «أردتُ الظِّهارَ» فَهُوَ ظِهارٌ)؛ لأنَّه تشبيهٌ بِجَميعها، وفيه تشبيهٌ بالعضوِ، لكنَّه ليس بصريحٍ فَيَفتقِرُ إلى النِّيَّة.

- (وإنْ قال: «أردتُ الطَّلاقَ» فَهُوَ طَلاقٌ بائنٌ)؛ لأنَّه تشبيهٌ بالأمِّ في الحُرمةِ، فكأنَّه قال: «أنتِ عليَّ حرامٌ» ونوى الطَّلاقَ.

- (وإنْ لم تَكُنْ له نِيَّةٌ فَلَيس بِشَيءٍ) عند أبي حنيفة و أبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ؛ لاحتمالِ الحَمْلِ على الكرامةِ، وقال محمد رَحِمَهُٱللَّهُ: يكونُ ظهاراً؛ لأنَّ التَّشبيهَ بِعُضوٍ منها لَمَّا كان ظهاراً فالتَّشبيهُ بِجَميعها أولى.

- وإنْ عَنَى به التَّحريمَ لا غير، فعند أبي يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ: هو إيلاءٌ؛ ليكون الثَّابتُ به أدنى الحُرمَتَين، وعند محمد رَحِمَهُٱللَّهُ: ظهارٌ؛ لأنَّ كافَ التَّشبيهِ تَختصُّ به.

(ولو قال: «أنتِ عَلَيَّ حَرامٌ كأُمِّي»، ونَوَى ظِهاراً أو طَلاقاً، فَهُو على ما نَوَى)؛ لأنَّه يَحتمِلُ الوجهين، الظِّهارَ لِمَكانِ التَّشبيهِ، والطَّلاقَ لِمكانِ التَّحريمِ، والتَّشبيهُ تأكيدٌ له. وإنْ لم تكن له نيَّةٌ، فعلى قولِ أبي يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ: إيلاءٌ، وعلى قولِ محمَّد رَحِمَهُٱللَّهُ: ظهارٌ، و الوجهان بيَّنَّاهما[1].

(١) أشار بهما إلى قوله: «لكون الثَّابت أدنى الحُرمتين»، وإلى قوله: «لأنَّ كاف التَّشبيه مختصٌّ به، أي: بالظِّهار».

وإنْ قال: «أنتِ عَلَيَّ حَرامٌ كَظَهْرِ أُمِّي»، ونَوَى به طَلاقاً أو إيلاءً، لم يَكُنْ إلَّا ظِهاراً عند أبي حنيفة، وقالا: هو على ما نَوَى. ولا يَكُونُ الظِّهارُ إلَّا مِنَ الزَّوجةِ، حتَّى لو ظاهَرَ مِنْ أمَتِهِ لم يَكُنْ مُظاهِراً. فإنْ تَزَوَّجَ امرأةً بِغَيرِ أمْرِها، ثُمَّ ظاهَرَ منها، ثُمَّ أجازَتِ النِّكاحَ، فَالظِّهارُ باطِلٌ. ....

(وإنْ قال: «أنتِ عَلَيَّ حَرامٌ كَظَهْرِ أُمِّي»، ونَوَى به طَلاقاً أو إيلاءً، لم يَكُنْ إلَّا ظِهاراً عند أبي حنيفة، وقالا: هو على ما نَوَى)؛ لأنَّ التَّحريمَ يَحتمِلُ كلَّ ذلك على ما بيَّنَّا[١]، غيرَ أنَّ عند محمَّد رَحِمَهُ اللهُ: إذا نوى الطَّلاقَ لا يكونُ ظِهاراً، وعند أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ: يكونان جميعاً، وقد عُرِف في موضعه[٢].

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ: أنَّه صريحٌ في الظِّهار، فلا يَحتمِلُ غيرَهُ، ثمَّ هو مُحكَمٌ فيُرَدُّ التَّحريمُ إليه.

قال: (ولا يَكُونُ الظِّهارُ إلَّا مِنَ الزَّوجةِ، حتَّى لو ظاهَرَ مِنْ أمَتِهِ لم يَكُنْ مُظاهِراً)؛ لقوله تعالى: ﴿مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ [البَقَرَة: ٢٢٦]، ولأنَّ الحِلَّ في الأمَةِ تابعٌ، فلا تُلحَقُ بالمَنكوحةِ، ولأنَّ الظِّهارَ منقولٌ عن الطَّلاقِ، ولا طلاقَ في المملوكةِ.

(فإنْ تَزَوَّجَ امرأةً بِغَيرِ أمْرِها، ثُمَّ ظاهَرَ منها، ثُمَّ أجازَتِ النِّكاحَ، فَالظِّهارُ باطِلٌ)؛ لأنَّه صادِقٌ في التَّشبيهِ وقتَ التَّصرُّفِ فلم يكن مُنكَراً من القولِ، والظِّهارُ ليس بحقٍّ من حقوقِهِ حتَّى يتوقَّف[٣]، بخلافِ إعتاقِ المشتري من الغاصِبِ؛

---

(١) أشار به إلى قوله: «لأنَّه يحتمل الوجهين» إلى قوله: «تأكيد له» انظر ص (٢١٤).

(٢) قال في العناية: يعني: مبسوط شمسِ الأئمَّة.

(٣) هذا جواب عن سؤال مقدَّر، وهو أن يقال: الظِّهارُ مبنيٌّ على الملك، والملكُ موقوفٌ ههنا، فينبغي أن يكون الظِّهار موقوفاً، فأجاب بقوله: «والظِّهار ليس بحقٍّ من حقوق النِّكاح. والدَّليلُ على أنَّه ليس من حقوقه أنَّ النِّكاح أمر مشروع، والظِّهار ليس بمشروع لأنَّه منكَرٌ من القول، وما لا يكون مشروعاً لا يكون من حقوق المشروع. عناية بتصرف.

وَمَنْ قال لِنِسائه: «أنتُنَّ عَلَيَّ كَظَهْرِ أمِّي» كان مُظاهراً منهنَّ جميعاً، وعليه لِكُلِّ واحدةٍ كفَّارةٌ.

فصل في الكفارة

وكفَّارَةُ الظِّهارِ عِتْقُ رَقَبَةٍ، فإنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيامُ شَهْرَينِ مُتَتابِعَينِ، فإنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإطعامُ سِتِّينَ مِسْكيناً، وكُلُّ ذلكَ قَبْلَ المَسِيسِ. وتُجزِئُ في العِتْقِ الرَّقَبَةُ الكافِرَةُ والمُسْلِمَةُ، والذَّكَرُ والأنثى، والصَّغيرُ والكَبِيرُ، ....

لأنَّه من حقوقِ المِلكِ[1].

(ومَنْ قال لِنِسائه: «أنتُنَّ عَلَيَّ كَظَهْرِ أمِّي» كان مُظاهراً منهنَّ جميعاً)؛ لأنَّه أضاف الظِّهارَ إليهنَّ، فصار كما إذا أضاف الطَّلاقَ، (وعليه لِكُلِّ واحدةٍ كفَّارةٌ)؛ لأنَّ الحُرمةَ تَثبُتُ في حقِّ كلِّ واحدةٍ، والكفَّارةُ لإنهاءِ الحرمةِ، فَتَتعدَّدُ بِتَعدُّدِها، بخلافِ الإيلاءِ منهنَّ؛ لأنَّ الكفَّارةَ فيه لصيانةِ حُرمةِ الاسمِ، ولم يتعدَّدْ ذِكرُ الاسم.

(فصل في الكفارة)

قال: (وكفَّارَةُ الظِّهارِ عِتْقُ رَقَبَةٍ، فإنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيامُ شَهْرَينِ مُتَتابِعَينِ، فإنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإطعامُ سِتِّينَ مِسْكيناً) لِلنَّصِّ الوارد فيه، فإنَّه يُفيدُ الكفَّارةَ على هذا التَّرتيب.

قال: (وكُلُّ ذلكَ قَبْلَ المَسِيسِ)، وهذا في الإعتاقِ والصَّوم ظاهرٌ لِلتَّنصيص عليه، وكذا في الإطعامِ؛ لأنَّ الكفَّارةَ فيه مُنهيةٌ للحُرمةِ، فلا بدَّ مِن تَقديمِها على الوطءِ ليكونَ الوطءُ حلالاً.

قال: (وتُجزِئُ في العِتْقِ الرَّقَبَةُ الكافِرَةُ والمُسْلِمَةُ، والذَّكَرُ والأنثى، والصَّغيرُ والكَبِيرُ)؛ لأنَّ اسمَ الرَّقبةِ يَنطلِقُ على هؤلاء، إذ هي عبارةٌ عن الذَّاتِ المَرقوقِ المَملوكِ من كلِّ وجهٍ.

---

(١) أي: لأنَّ الإعتاق من حقوق الملك، فيتوقَّف على إجازة المغصوب منه.

ولا تُجزِئُ العَمياءُ، ولا المَقطُوعَةُ اليَدَينِ أوِ الرِّجلَيْنِ، ولا يَجُوزُ مَقْطُوعُ إبهامَيِ اليَدَينِ، ....

والشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ[1] يُخالفُنا في الكافرةِ ويقول: الكفَّارةُ حقُّ اللهِ تعالى، فلا يجوزُ صَرْفُه إلى عدوِّ الله، كالزَّكاة.

ونحن نقول: المنصوصُ عليه إعتاقٌ، وقد تحقَّقَ، وقصدُهُ من الإعتاقِ التَّمكُّنُ من الطَّاعةِ[2]، ثمَّ مُقارفَتُه المعصيةَ[3] يُحال به إلى سوءِ اختيارِهِ.

(ولا تُجزِئُ العَمياءُ ولا المَقطُوعَةُ اليَدَينِ أوِ الرِّجلَيْنِ)؛ لأنَّ الفائتَ جنسُ المنفعةِ، وهي البصرُ أو البطشُ أو المَشيُ وهو المانع. أمَّا إذا اختلَّت المنفعةُ فهو غيرُ مانعٍ، حتَّى يجوزُ العوراءُ ومقطوعةُ إحدى اليدينِ وإحدى الرِّجلينِ من خلافٍ؛ لأنَّه ما فات جِنسُ المنفعةِ بل اختلَّت، بخلاف ما إذا كانتا مَقطوعتَينِ من جانبٍ واحدٍ، حيثُ لا يجوزُ لِفَواتِ جنسِ مَنفعةِ المشي، إذ هو عليه مُتعذِّرٌ.

ويجوزُ الأصمُّ، والقياسُ: أن لا يجوزَ، وهو روايةُ النَّوادرِ؛ لأنَّ الفائتَ جنسُ المَنفعةِ، إلَّا أنَّا استحسنَّا الجوازَ؛ لأنَّ أصلَ المنفعةِ باقٍ، فإنَّه إذا صِيحَ عليه سمع، حتَّى لو كان بحالٍ لا يَسمعُ أصلاً، بأن وُلِد أصمَّ - وهو الأخرس - لا يُجزيه.

(ولا يَجُوزُ مَقْطُوعُ إبهامَيِ اليَدَينِ)؛ لأنَّ قوَّةَ البطشِ بهما، فَبِفواتِهما يفوتُ جنسُ المنفعةِ.

---

(1) قال الشافعي في الأم (٦/ ٧٠٥) ط دار ابن حزم: فإذا وجبت كفَّارةُ الظِّهارِ على الرَّجلِ، وهو واجدٌ لرقبةٍ أو ثَمَنِها، لم يُجزِهِ فيها إلَّا تحريرُ رقبةٍ، ولا تُجزئه رقبةٌ على غيرِ دينِ الإسلام. اهـ.

(2) جوابٌ عن قوله: «الكفَّارةُ حقُّ الله تعالى»، وتقريره: أنَّ قصدَ المُكفِّرِ بالإعتاقِ هو أن يَتمكَّنَ المُعتَقُ من الطَّاعةِ بِخُلوصِهِ عن خدمة المولى. عناية.

(3) أي: بقاءُ المعتَقِ على ما كان عليه من الكفر. عناية بتصرف.

ولا يَجُوزُ المَجنُونُ الذي لا يَعقِلُ، والذي يُجَنُّ ويُفِيقُ يُجزِئُه، ولا يُجزِئُ عِتْقُ المُدَبَّرِ وأمِّ الوَلَدِ، ....

(**ولا يَجُوزُ المَجنُونُ الذي لا يَعقِلُ**)؛ لأنَّ الانتفاعَ بالجوارحِ لا يكون إلَّا بالعقلِ، فكان فائتَ المنافعِ.

(**والذي يُجَنُّ ويُفِيقُ يُجزِئُه**)؛ لأنَّ الاختلالَ غيرُ مانعٍ.

(**ولا يُجزِئُ عِتقُ المُدبَّرِ وأمِّ الوَلَدِ**)؛ لاستحقاقِهما الحرِّيَّةَ بجهةٍ، فكان الرِّقُّ فيهما ناقصاً، وكذا المكاتَبُ الذي أدَّى بعضَ المال؛ لأنَّ إعتاقَهُ يكونُ ببَدلٍ.

وعن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّه يُجزِئه؛ لقيامِ الرِّقِّ من كلِّ وجهٍ، ولهذا تَقبَلُ الكتابةُ الانفساخَ، بخلافِ أموميَّةِ الولدِ والتَّدبيرِ؛ لأنَّهما لا يَحتمِلان الانفساخَ.

فإن أعتَقَ مكاتَباً لم يُؤدِّ شيئاً جاز، خلافاً للشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ[1].

له: أنَّه استحَقَّ الحرِّيَّةَ بجهةِ الكتابةِ، فأشبَهَ المُدبَّرَ.

ولنا: أنَّ الرِّقَّ قائمٌ من كلِّ وجهٍ على ما بيَّنَّا[2]، ولقوله ﷺ: «المكاتَبُ عبدٌ ما بَقِي عليه درهمٌ[3]»، والكتابةُ لا تُنافيه، فإنَّ فَكَّ الحَجرِ بمنزلةِ الإذنِ في التِّجارةِ، إلَّا أنَّه بِعِوَضٍ، فَيلزَمُ من جانبِهِ، ولو كان مانعاً يَنفسِخُ

---

(١) قال الشافعي في الأم (٦/٧٠٧ - ٧٠٨) ط ابن حزم: لا يُجزئ في ظهارٍ ولا رقبةٍ واجبةٍ رقبةٌ تُشتَرَى بِشَرطِ أن تُعتَق؛ لأن ذلك يَضَع من ثمنها، ولا يُجزئ فيها مكاتَبٌ أدَّى من نُجُومه شيئاً أو لم يُؤدِّ؛ لأنَّه ممنوعٌ من بيعِهِ، فإذا عجزَ المكاتَبُ أو اختار العَجْزَ، فأعتِقَ بعدَ عجزِهِ أو اختيارِهِ العجزَ أجزأه. اهـ.

(٢) إشارة إلى قوله: «ولهذا تَقبَلُ الكتابةُ الانفساخ». عناية.

(٣) أخرج أبو داود في، في العتق، باب: في المكاتب يؤدي بعض كتابته فيعجز أو يموت (٣٩٢٦) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدِّه عن النَّبيِّ ﷺ قال: «المُكاتَبُ عبدٌ ما بقي عليه من كتابته درهمٌ».

وإنِ اشْتَرَى أباهُ أوِ ابْنَهُ يَنوِي بِالشِّراءِ الكَفَّارَةَ جازَ عنها. وإنْ أعتقَ نِصْفَ عَبدٍ مُشْتَرَكٍ وهو مُوسِرٌ، وَضَمِنَ قِيمَةَ باقيهِ، لَمْ يَجُزْ عندَ أبي حنيفة، ويَجُوزُ عندهما. وإنْ أعتقَ نِصْفَ عَبدِهِ عَنْ كَفَّارَتِهِ، ثُمَّ أعتقَ باقِيَهُ عنها جازَ. ....

بمقتضى الإعتاقِ؛ إذ هو يَحتمِلُه، إلَّا أنَّه تَسْلَمُ له الأكسابُ والأولادُ؛ لأنَّ العِتقَ في حقِّ المَحلِّ بجهةِ الكتابةِ، أو لأنَّ الفسخَ ضروريٌّ لا يظهرُ في حقِّ الولدِ والكَسبِ.

(وإنِ اشْتَرَى أباهُ أوِ ابْنَهُ، يَنوِي بِالشِّراءِ الكَفَّارَةَ جازَ عنها)، وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ[1]: لا يجوزُ.

وعلى هذا الخلافِ كفَّارةُ اليمينِ، والمسألةُ تأتيكَ في كتاب الأيمان إن شاء الله.

(وإنْ أعتقَ نِصْفَ عَبدٍ مُشْتَرَكٍ وهو مُوسِرٌ، وَضَمِنَ قِيمَةَ باقيهِ، لَمْ يَجُزْ عند أبي حنيفة، ويَجُوزُ عندهما)؛ لأنَّه يَملِكُ نصيبَ صاحبِهِ بالضَّمانِ، فصار مُعتِقاً كلَّ العبدِ عن الكفَّارةِ وهو مِلكُهُ، بخلافِ ما إذا كان المُعتِقُ مُعسِراً؛ لأنَّه وجب عليه السِّعايةُ في نصيبِ الشَّريكِ، فيكونُ إعتاقاً بِعِوَض.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ: أنَّ نصيبَ صاحبِهِ يَنتقِصُ على مِلكِهِ، ثمَّ يَتحوَّلُ إليه بالضَّمان[2]، ومِثلُه يمنَعُ الكفَّارةَ.

(وإنْ أعتقَ نِصْفَ عَبدِهِ عَنْ كَفَّارَتِهِ، ثُمَّ أعتقَ باقِيَهُ عنها جازَ)؛ لأنَّه أعتقَه بكلامين، والنُّقصانُ متمكِّنٌ على مِلكه بسببِ الإعتاقِ بجهةِ الكفَّارةِ، ومِثلُه غيرُ مانعٍ، كمَنْ أضجَعَ شاةً للأضحيةِ فأصابَ السِّكينُ عَيْنَها، بخلافِ ما تقدَّم؛

(١) قال الخطيب الشربين في مغني المحتاج (٣/ ٤٦٠) ط دار الفكر: الشرط الثالث: كمالُ الرِّقِّ في الإعتاق عن الكفَّارة، كما أشار إلى ذلك بقوله: (ولا يُجزِئُ شراءُ قَريبٍ) يَعتِقُ بِمُجرَّدِ الشِّراء، بأن كان أصلاً أو فرعاً (بِنيَّةِ) عتقِهِ عن (كفَّارةٍ)؛ لأنَّ عِتقَه مُستَحَقٌّ بجهةِ القرابةِ فلا يَنصرِفُ عنها إلى الكفَّارة. اهـ.

(٢) فكان في معنى إعتاق عبدٍ إلَّا شيئاً.

وإنْ أعتَقَ نِصْفَ عَبدِهِ عَنْ كَفَّارَتِهِ، ثُمَّ جامَعَ التي ظاهَرَ مِنْها، ثُمَّ أعتَقَ باقِيَهُ لم يَجز عند أبي حنيفة. وإذا لم يَجِدِ المُظاهِرُ ما يَعتِقُ فكفَّارَتُه صَومُ شَهْرَيْنِ مُتَتابِعَينِ، ليس فيهما شَهرُ رَمَضانَ، ولا يَومُ الفِطْرِ، ولا يَومُ النَّحرِ، ولا أَيَّامُ التَّشرِيقِ، فإنْ جامَعَ التي ظاهَرَ منها في خِلالِ الشَّهرَينِ ليلاً عامِداً، أو نَهاراً ناسِياً، استأنَفَ الصَّومَ عند أبي حنيفةَ ومُحَمَّد، ....

لأنَّ النُّقصانَ تمكَّنَ على مِلكِ الشَّريكِ، وهذا على أصلِ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ[1]، أمَّا عندهما: فالإعتاقُ لا يَتجزَّأ، فإعتاقُ النِّصفِ إعتاقُ الكُلِّ، فلا يكونُ إعتاقاً بكلامين.

(وإنْ أعتَقَ نِصْفَ عَبدِهِ عَنْ كَفَّارَتِهِ، ثُمَّ جامَعَ التي ظاهَرَ مِنْها، ثُمَّ أعتَقَ باقِيَهُ لم يَجز عند أبي حنيفة)؛ لأنَّ الإعتاقَ يَتجزَّأ عنده، وشَرطُ الإعتاقِ أن يكونَ قبلَ المَسيسِ بالنَّصِّ، وإعتاقُ النِّصفِ حَصَلَ بعده.

وعندهما: إعتاقُ النِّصفِ إعتاقُ الكلِّ، فحصل الكلُّ قبلَ المَسيسِ.

(وإذا لم يَجِدِ المُظاهِرُ ما يَعتِقُ فكفَّارَتُهُ صَومُ شَهْرَيْنِ مُتَتابِعَينِ، ليس فيهما شَهرُ رَمَضانَ، ولا يَومُ الفِطْرِ، ولا يَومُ النَّحرِ، ولا أَيَّامُ التَّشرِيقِ).

أمَّا التَّتابعُ فلأنَّه منصوصٌ عليه. وشهرُ رمضانَ لا يقعُ عن الظِّهار؛ لِما فيه من إبطالِ ما أوجبَهُ اللهُ. والصَّومُ في هذه الأيَّام مَنهيٌّ عنه، فلا ينوبُ عن الواجبِ الكاملِ.

(فإنْ جامَعَ التي ظاهَرَ منها في خِلالِ الشَّهرَينِ ليلاً عامِداً أو نَهاراً ناسِياً، استأنَفَ الصَّومَ عندَ أبي حنيفةَ ومُحَمَّد).

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ اللهُ: لا يستأنفُ؛ لأنَّه لا يَمنَع التَّتابُعَ؛ إذْ لا يَفسُدُ به الصَّومُ، وهو الشَّرط[2]، وإن كان تقديمُهُ على المَسيسِ شرطاً، ففيما ذهبنا إليه تقديمُ البعضِ،

---

(١) أي: في تجزِّي الإعتاق.

(٢) أي: التَّتابعُ هو الشَّرط للصَّوم كفارةً، وقد وُجِد.

وإنْ أفطَرَ منها يَوماً بِعُذْرٍ أو بِغَيرِ عُذْرٍ استأنَفَ. وإنْ ظاهَرَ العَبْدُ لَمْ يَجُزْ في الكَفَّارةِ إلَّا الصَّومُ، وإنْ أعتَقَ المَوْلَى أو أطعَمَ عنه لَمْ يُجْزِهِ. وإذا لَمْ يَستَطِعِ المُظاهِرُ الصِّيامَ، أطْعَمَ سِتِّينَ مِسكيناً، ويُطعِمُ كُلَّ مِسكينٍ نِصْفَ صاعٍ مِنْ بُرٍّ، أو صاعاً مِنْ تَمرٍ أو شَعِيرٍ أو قِيمَةَ ذلكَ، ....

وفيما قلتم تأخيرُ الكُلِّ عنه[1].

ولهما: أنَّ الشَّرطَ في الصَّوم أن يكونَ قبلَ المَسيسِ، وأن يكون خالياً عنه ضرورةً بالنَّصِّ، وهذا الشَّرطُ يَنعدِم به، فيستأنف.

(وإنْ أفطَرَ منها يَوماً بِعُذْرٍ أو بِغَيرِ عُذْرٍ استأنَفَ)؛ لِفَواتِ التَّتابعِ، وهو قادرٌ عليه عادةً.

(وإنْ ظاهَرَ العَبْدُ لَمْ يَجُزْ في الكَفَّارةِ إلَّا الصَّومُ)؛ لأنَّه لا مِلكَ له، فلم يكنْ من أهلِ التَّكفيرِ بالمال، (وإنْ أعتَقَ المَوْلَى أو أطعَمَ عنه لَمْ يُجْزِهِ)؛ لأنَّه ليس من أهل المِلك، فلا يَصيرُ مالِكاً بتمليكه.

(وإذا لَمْ يَستَطِعِ المُظاهِرُ الصِّيامَ، أطْعَمَ سِتِّينَ مِسكيناً)؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ [المجادلة: ٤]، (ويُطعِمُ كُلَّ مِسكينٍ نِصْفَ صاعٍ مِنْ بُرٍّ، أو صاعاً مِنْ تَمرٍ أو شَعِيرٍ أو قِيمَةَ ذلكَ[2])؛ لقوله ﷺ في حديث أوس بن الصَّامت وسَهل بن صخر: «لكلِّ مسكينٍ نصفُ صاعٍ من بُرٍّ[3]»، ولأنَّ المُعتبرَ

---

(١) أي: وفيما قلتم من لُزومِ الاستئنافِ تأخيرُ الكلِّ عنه، وتأخيرُ البعضِ أهونُ من تأخير الكلِّ. عناية.

(٢) أي: من غير ما نُصَّ عليه، فلو دَفَعَ منصوصاً عن مَنصوصٍ آخَرَ بطريق القيمة، لم يَجُز إلَّا أن يبلغ المدفوعُ الكمِّيَّةَ المُقدَّرة منه شرعاً. مثاله: دفَعَ نصفَ صاعِ تمرٍ تبلُغُ قيمتُهُ نصفَ صاعِ برٍّ، أو صاعاً من البُرِّ أو أقلَّ من نصف صاعِ بُرٍّ عن صاعِ تمرٍ، وقيمتُهُ تبلغُهُ لم يُجز، فلو كان التَّمرُ صاعاً دفعَه عن نصف صاعِ بُرٍّ جاز.

(٣) قال الزيلعي (٣/ ٢٤٧): الصواب «سلمة بن صخر»، والحديث غريب.

أخرج الطبراني (٢٤) (٢٤٧) (٢٠٦٥٥) عن خولةَ بنتِ الصَّامتِ: وكان زوجُها مريضاً، فدعاها فأبطأت عليه، فقال لها: إن قَربتُكِ أو وَطأتُكِ فأنتِ عليَّ كظهرِ أمِّي، فأتَتِ النَّبيَّ ﷺ فشكت =

فإن أعطى مَنّاً من بُرٍّ، ومَنَوَينِ من تمرٍ أو شعيرٍ جاز، وإنْ أمَرَ غَيْرَهُ أنْ يُطعِمَ عنه مِنْ ظِهارِهِ فَفَعَلَ أجْزَأهُ. فإن غَدَّاهم وعَشَّاهم جازَ قليلاً كان ما أكلوه أو كثيراً، ......

دفعُ حاجةِ اليومِ لكلِّ مسكينٍ، فَيُعتَبَرُ بصدقةِ الفطرِ.

وقوله: «أو قيمة» ذلك مذهبُنا، وقد ذكرناه في الزَّكاة.

(فإنْ أعطى مَنّاً مِنْ بُرٍّ، ومَنَوَينِ مِنْ تَمرٍ أو شَعيرٍ جازَ)؛ لحصولِ المَقصودِ إذ الجنس متَّحدٌ[1].

(وإنْ أمَرَ غَيْرَهُ أنْ يُطعِمَ عنه مِنْ ظِهارِهِ ففَعَلَ أجْزَأهُ)؛ لأنَّه استقراضٌ معنىً، والفقيرُ قابضٌ له أوَّلاً ثمَّ لنفسِهِ، فتَحقَّقَ تملُّكُه ثمَّ تَمليكُه.

(فإنْ غدَّاهُمْ وعَشَّاهُم جازَ، قليلاً كان ما أكَلُوه أو كَثيراً)، وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ[2]: لا يُجزِئه إلَّا التَّمليكُ اعتباراً بالزَّكاةِ وصدقةِ الفطرِ، وهذا لأنَّ التَّمليكَ أدفعُ للحاجةِ، فلا ينوبُ مَنابَهُ الإباحةُ.

ولنا: أنَّ المنصوصَ عليه هو الإطعامُ، وهو حقيقةٌ في التَّمكينِ من الطَّعمِ، وفي الإباحةِ ذلك كما في التَّمليكِ، أمَّا الواجبُ في الزَّكاةِ الإيتاءُ، وفي صدقةِ الفطرِ الأداءُ، وهما للتَّمليك حقيقةً.

= ذلك إليه، فلم يَرُدَّ عليها شيئاً، ولم يكن بَلَغَه فيه شيءٌ، ثمَّ أتته مرَّةً أخرى فجاءَ النَّبيُّ ﷺ فقال: «أعتِقْ رقبَةً»، فقال: ليس عندي، فقال: «صُمْ شهرين متتابعين»، قال: لا أقدِرُ، قال: «فأطعِم ستِّينَ مسكيناً ثلاثينَ صاعاً»، قال: لا أملك ذلك، إلا أن تُعينَنِي، فأعانه النَّبيُّ ﷺ بخمسَةَ عَشَرَ صاعاً، وأعانَهُ النَّاسُ حتَّى بلَغَ، فقال: واللهِ ما أحَدٌ أفقَرَ إليه منِّي ومن أهلِ بيتي، فقال: «خُذْها أنتَ وأهلُ بيتك».

(١) يعني: من حيث الإطعامُ وسَدُّ الجَوعة؛ لأنَّ المقصود من البُرِّ والتَّمر والشَّعير الإطعامُ، فيجوز تكميلُ أحدهما بالآخر، وأمَّا إذا اختلف الجنسُ كما إذا أطعم خمسةَ مساكين في كفَّارة اليمين بطريق الإباحة، وكسا خمسةَ مساكين، والكِسوةُ أرخَصُ من الطَّعام لم يُجزِه لِما أنَّ المقصودَ بالكسوة غيرُ المقصودِ بالإطعام، ألا ترى أنَّ الإباحة في أحدهما تجوز دونَ الآخر. عناية.

(٢) فلا تكفي التَّغدية ولا التَّعشيةُ. انظر مغني المحتاج (٣/ ٤٦٦) دار الفكر، وروضة الطالبين (٨/ ٣٠٧) ط المكتب الإسلامي.

ولو كان فِيمَنْ عَشَّاهُم صَبِيٌّ فَطِيمٌ لا يُجزِئُهُ. وإنْ أطْعَمَ مِسكيناً واحِداً سِتِّينَ يوماً أجْزَأَهُ. وإنْ أعْطاهُ في يَومٍ واحدٍ لَمْ يُجزِهِ إلَّا عَنْ يَومِهِ. وإنْ قَرُبَ التي ظاهَرَ مِنْها في خِلالِ الإطعامِ، لم يَستأنِفْ. وإذا أطْعَمَ عَنْ ظِهارَيْنِ سِتِّينَ مِسكيناً، كلَّ مِسكينٍ صاعاً مِنْ بُرٍّ، لَمْ يُجزِهِ إلَّا عن واحدٍ منهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يُجزِئه عنهما، وإنْ أطعَمَ ذلكَ عَنْ إفطارٍ وظِهارٍ أجْزَأَهُ عنهما.

(ولو كان فِيمَنْ عَشَّاهُم صَبِيٌّ فَطِيمٌ لا يُجزِئُهُ)؛ لأنَّه لا يستوفي كاملاً. ولا بدَّ من الإدامِ في خبزِ الشَّعير؛ لِيُمكِنه الاستيفاءُ إلى الشِّبَعِ، وفي خبزِ الحنطةِ لا يُشترط الإدامُ.

(وإنْ أطْعَمَ مِسكيناً واحِداً سِتِّينَ يوماً أجْزَأَهُ، وإنْ أعْطاهُ في يَومٍ واحدٍ لَمْ يُجزِهِ إلَّا عَنْ يَومِهِ)؛ لأنَّ المقصودَ سَدُّ خَلَّةِ المُحتاجِ، والحاجةُ تتجدَّدُ في كلِّ يومٍ، فالدَّفع إليه في اليوم الثاني كالدَّفعِ إلى غيره، وهذا في الإباحةِ من غير خلافٍ.

وأمَّا التَّمليكُ من مسكينٍ واحدٍ في يوم واحد بِدَفَعاتٍ، فقد قيل: لا يُجزِئه، وقد قيل: يُجزِئه؛ لأنَّ الحاجةَ إلى التَّمليكِ تتجدَّدُ في يومٍ واحدٍ، بخلاف ما إذا دفَعَ بدفعةٍ واحدةٍ؛ لأنَّ التَّفريقَ واجبٌ بالنَّصِّ(١).

(وإنْ قَرُبَ التي ظاهَرَ مِنْها في خِلالِ الإطعامِ، لم يَستأنِفْ)؛ لأنَّه تعالى ما شَرَط في الإطعام أن يكون قبلَ المَسِيس، إلَّا أنَّه يُمنَع من المَسِيس قبلَهُ؛ لأنَّه ربَّما يَقدِرُ على الإعتاقِ أو الصَّومِ، فَيَقعانِ بعدَ المَسيسِ، والمنعُ لِمَعنى في غيرِهِ لا يَعدِمُ المَشروعيَّة في نفسه.

(وإذا أطْعَمَ عَنْ ظِهارَيْنِ سِتِّينَ مِسكيناً، كلَّ مِسكينٍ صاعاً مِنْ بُرٍّ، لَمْ يُجزِهِ إلَّا عن واحدٍ منهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يُجزِئه عنهما، وإنْ أطعَمَ ذلكَ عَنْ إفطارٍ وظِهارٍ أجْزَأَهُ عنهما).

---

(١) وهو قوله: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ [المجادلة: ٤]، ولم يوجد لا حقيقةً ولا تقديراً، فلا يجوز كالحاجِّ إذا رمى الحَصيات السَّبع دفعةً واحدةً.

وَمَنْ وَجَبَتْ عليه كفَّارَتا ظِهارٍ، فَأعتَقَ رَقَبَتَينِ، لا يَنْوِي عن إحداهما بِعَينِها جازَ عنهما، وكذا إذا صامَ أربَعَةَ أشهُرٍ، أو أطْعَمَ مائةً وعِشرِينَ مِسكيناً جازَ، وإنْ أعتَقَ عنهما رَقَبَةً واحِدَةً، أو صام شَهْرَينِ، كانَ لَهُ أنْ يَجْعَلَ ذلك عَنْ أيِّهما شاءَ. وإنْ أعتَقَ عَنْ ظِهارٍ وقَتلٍ لَمْ يَجُزْ عَنْ واحِدٍ منهما.

له: أنَّ بالمؤدَّى وفاءً بهما[١]، والمصروفُ إليه مَحَلٌّ لهما، فيقَعُ عنهما، كما لو اختلف السَّببُ أو فرَّقَ في الدَّفع[٢].

ولهما: أنَّ النِّيَّة في الجنسِ الواحدِ لَغوٌ[٣]، وفي الجنسينِ مُعتبرةٌ، وإذا لغَتِ النِّيَّةُ والمؤدَّى يَصلُحُ كفَّارةً واحدةً؛ لأنَّ نصفَ الصَّاع أدنى المقادير، فيمنعُ النُّقصانَ دونَ الزِّيادةِ، فيقعُ عنها كما إذا نوى أصلَ الكفَّارةِ، بخلافِ ما إذا فرَّق في الدَّفعِ؛ لأنَّه في الدَّفعةِ الثَّانيةِ في حُكمِ مسكينٍ آخَرَ.

(ومَنْ وَجَبَتْ عليه كفَّارَتا ظِهارٍ، فَأعتَقَ رَقَبَتَينِ، لا يَنْوِي عن إحداهما بِعَينِها جازَ عنهما، وكذا إذا صامَ أربَعَةَ أشهُرٍ، أو أطْعَمَ مائةً وعِشرِينَ مِسكيناً جازَ)؛ لأنَّ الجنسَ متَّحدٌ فلا حاجةَ إلى نيَّةٍ معيَّنة، (وإنْ أعتَقَ عنهما رَقَبَةً واحِدَةً، أو صام شَهْرَينِ، كانَ لَهُ أنْ يَجْعَلَ ذلك عَنْ أيِّهما شاءَ، وإنْ أعتَقَ عَنْ ظِهارٍ وقَتلٍ لَمْ يَجُزْ عَنْ واحِدٍ منهما).

وقال زفر رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يُجزئه عن أحدهما في الفَصلين.

وقال الشَّافعي رَحِمَهُ اللَّهُ[٤]: له أن يَجعَلَ ذلك عن أحدهما في الفَصلَينِ؛ لأنَّ

---

(١) إذ الواجب عن كلِّ ظهارٍ لكلِّ مسكين نصفُ صاع من برٍّ، ففي الصَّاع وفاءٌ بهما لا محالة.

(٢) صورة اختلاف السَّبب: أن يطعم ذلك عن إفطار وظهار. والتَّفريق في الدَّفع أن يُعطي مسكيناً نصفَ صاع عن إحدى الكفَّارتين، ثمَّ النِّصف الثَّاني عن الكفَّارة الأخرى، فيجوز بالاتِّفاق. بناية بتصرف.

(٣) لأنَّ النِّيَّة للتَّمييز بين الأجناس المختلفة، أو لتمييز المشترك، ولا يوجد ذلك في الجنس الواحد.

(٤) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٣/ ٤٥٧) ط دار الفكر: (يُشترَط نيَّتُها) بأن ينوي العِتقَ

الكفَّاراتِ كلَّها باعتبارِ اتِّحادِ المَقصودِ[1] جنسٌ واحدٌ.

وجهُ قولِ زفر رَحِمَهُ الله: أنَّه أعتَقَ عن كلِّ ظهارٍ نصفَ العبدِ، وليس له أن يجعَلَ عن أحدِهما بعدَما أعتَقَ عنهما؛ لِخُروجِ الأمرِ من يدِهِ.

ولنا: أنَّ نيَّةَ التَّعيين في الجنسِ المتَّحدِ غيرُ مفيدٍ، فَتَلغُو، وفي الجنسِ المختلِفِ مُفيدٌ، واختلافُ الجنسِ في الحكم - وهو الكفَّارة ههنا - باختلافِ السَّبب.

نظيرُ الأولِ[2] إذا صام يوماً في قضاءِ رمضانَ عن يومين، يُجزِئه عن قضاءِ يومٍ واحدٍ. ونظيرُ الثَّاني إذا كان عليه صومُ القضاءِ والنَّذرُ، فإنَّه لابدَّ فيه من التَّمييز. والله أعلم.

= أو الصَّومَ أو الإطعامَ عن الكفَّارة، (لا تَعيينُها) بأن تُقيَّد بظهارٍ أو غيره، فلا يُشترط كما لا يُشترط في زكاةِ المالِ تَعيينُ المال المُزكَّى، بجامعٍ أنَّ كلاً منهما عبادةٌ ماليَّةٌ، بل تكفي نيَّةُ أصلها، فلو أعتَقَ رقبتين بنيَّةِ الكفَّارةِ، وكان عليه كفَّارةُ قتلٍ وظهارٍ أجزأه عنهما، وإن أعتَقَ واحدةً وقعت عن إحداهما. اهـ.

(1) وهو السَّترُ. عناية.

(2) يعني: الجنس المتحد. والثاني هو الجنس المختلف.

باب اللعان

إذا قَذَفَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ بِالزِّنا، وهُما مِنْ أَهْلِ الشَّهادَةِ، والمَرأةُ مِمَّنْ يُحَدُّ قاذِفُها، أو نَفَى نَسَبَ وَلَدِها وطالَبَتْهُ بِمُوجَبِ القَذْفِ، فَعَلَيهِ اللِّعانُ، ....

(باب اللعان)[1]

قال: **(إذا قَذَفَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ بِالزِّنا وهُما مِنْ أَهْلِ الشَّهادَةِ[2] والمَرأةُ مِمَّنْ يُحَدُّ قاذِفُها، أو نَفَى نَسَبَ وَلَدِها وطالَبَتْهُ بِمُوجَبِ القَذْفِ[3] فَعَلَيهِ اللِّعانُ)**.

والأصلُ: أنَّ اللِّعان عندنا شهاداتٌ مؤكَّداتٌ بالأيمان مقرونةٌ باللَّعن، قائمةٌ مَقامَ حدِّ القذفِ في حقِّه، ومقامَ حدِّ الزِّنا في حقِّها؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ﴾ [النُّور: ٦]، والاستثناءُ إنَّما يكونُ من الجنس.

وقال الله تعالى: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ﴾ [النُّور: ٦] نصَّ على الشَّهادةِ واليمينِ، فقلنا: الرُّكنُ هو الشَّهادةُ المؤكَّدةُ باليمين. ثمَّ قَرَن الرُّكنَ في جانبِهِ باللَّعن لو كان كاذباً، وهو قائمٌ مَقامَ حدِّ القذف، وفي جانبها بالغَضَبِ، وهو قائمٌ مَقام حَدِّ الزِّنا.

إذا ثبَتَ هذا نقولُ: لا بدَّ أن يكونا من أهلِ الشَّهادةِ؛ لأنَّ الرُّكنَ فيه الشَّهادةُ، ولا بدَّ أن تكونَ هي مِمَّن يُحدُّ قاذِفُها؛ لأنَّه قائمٌ في حقِّه مَقام حدِّ القذفِ، فلا بدَّ من إحصانِها.

ويجبُ بِنَفي الولدِ؛ لأنَّه لمَّا نفى ولَدَها صار قاذفاً لها ظاهراً، ولا يُعتَبَرُ احتمالُ أن يكونَ الولدُ من غيرِهِ بالوطءِ من شبهةٍ، كما إذا نفى أجنبيٌّ نَسَبَهُ عن أبيه المعروفِ،

---

(١) اللِّعان في اللُّغة: الطَّرد والإبعاد. وفي الشَّريعة: شهاداتٌ تَجري بين الزَّوجين مقرونةً باللَّعن والغضب. عناية.

(٢) أي من أهل أدائها ولهذا لا يجرى بين المملوكين.

(٣) وهو الحدُّ.

فإنِ امتَنَعَ مِنهُ حَبَسَهُ الحاكِمُ حَتَّى يُلاعِنَ أو يُكذِّبَ نَفْسَهُ، ولو لاعَنَ وَجَبَ عليها اللِّعانُ، فإنِ امتَنَعَتْ حَبَسَها الحاكِمُ حتَّى تُلاعِنَ، أو تُصَدِّقُهُ. وإذا كانَ الزَّوجُ عبداً أو كافِراً أو مَحدُوداً في قَذْفٍ، فَقَذَفَ امرأتَهُ فَعَلَيهِ الحَدُّ، وإنْ كانَ مِنْ أهلِ الشَّهادَةِ وهِيَ أمَةٌ كافِرَةٌ، أو مَحدُودَةٌ في قَذْفٍ، أو كانَتْ مِمَّنْ لا يُحَدُّ قاذِفُها فلا حَدَّ عليهِ ولا لِعانٌ. ....

وهذا لأنَّ الأصلَ في النَّسبِ الفراشُ الصَّحيحُ، والفاسدُ مُلحَقٌ به، فنَفيُه عن الفراشِ الصَّحيحِ قذفٌ حتَّى يظهرَ المُلحَقُ به، ويُشترطُ طَلَبُها؛ لأنَّه حقُّها، فلا بدَّ من طلَبِها كسائرِ الحقوق.

(فإنِ امتَنَعَ مِنهُ حَبَسَهُ الحاكِمُ حَتَّى يُلاعِنَ أو يُكذِّبَ نَفْسَهُ)؛ لأنَّه حقٌّ مستَحَقٌّ عليه، وهو قادرٌ على إيفائِهِ، فَيُحبَس به حتَّى يأتي بما هو عليه، أو يُكذِّبَ نفسَهُ ليرتفعَ السَّببُ.

(ولو لاعَنَ وَجَبَ عليها اللِّعانُ)؛ لِما تلونا من النَّصِّ، إلَّا أنَّه يبتدأ بالزَّوجِ؛ لأنَّه هو المدَّعي، (فإنِ امتَنَعَتْ حَبَسَها الحاكِمُ حتَّى تُلاعِنَ، أو تُصَدِّقَهُ)؛ لأنَّه حقٌّ مستَحَقٌّ عليها، وهي قادرةٌ على إيفائه، فتُحبَسُ فيه.

(وإذا كانَ الزَّوجُ عبداً أو كافِراً أو مَحدُوداً في قَذْفٍ، فَقَذَفَ امرأتَهُ فَعَلَيهِ الحَدُّ)؛ لأنَّه تعذَّرَ اللِّعانُ لمعنى من جهته[1]، فيصارُ إلى المُوجِبِ الأصليِّ، وهو الثَّابتُ بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ﴾ [النُّور: ٤] الآية، واللِّعانُ خَلَفٌ عنه.

(وإنْ كانَ مِنْ أهلِ الشَّهادَةِ وهِيَ أمَةٌ كافِرَةٌ، أو مَحدُودَةٌ في قَذْفٍ، أو كانَتْ مِمَّنْ لا يُحَدُّ قاذِفُها)، بأن كانت صبيَّةً أو مجنونةً أو زانيةً، (فلا حَدَّ عليهِ ولا لِعانٌ)؛ لانعدامِ أهليَّةِ الشَّهادةِ وعدمِ الإحصانِ في جانبِها، وامتناعُ اللِّعانِ لِمَعنى من جهتِها، فَيَسقُط الحدُّ كما إذا صدَّقَته.

---

[1] وهو كونُه ليس من أهل الشَّهادة.

وصِفَةُ اللِّعانِ: أنْ يَبتَدِئَ القاضِي بِالزَّوجِ، فيَشهَدَ أربعَ مَرَّاتٍ، يقولُ في كلِّ مرَّة: «أشهَدُ باللهِ إنِّي لَمِنَ الصَّادِقينَ فِيما رَمَيتُها بِهِ مِنَ الزِّنا»، ويَقُولُ في الخامِسَةِ: «لَعنَةُ اللهِ عَلَيهِ إنْ كانَ مِنَ الكاذِبينَ فِيما رَماها بِهِ مِنَ الزِّنا»، يُشِيرُ إليها في جَمِيعِ ذلك. ثمَّ تَشْهَدُ المَرأةُ أربعَ مَرَّاتٍ تَقُولُ في كلِّ مَرَّةٍ: «أشهَدُ بِاللهِ إنَّهُ لَمِنَ الكاذِبينَ فِيما رَمانِي بِهِ مِنَ الزِّنا»، وتَقُولُ في الخامِسَةِ: «غَضَبُ اللهِ عَلَيها إنْ كانَ مِنَ الصَّادِقِينَ فِيما رَمانِي بِهِ مِنَ الزِّنا». ....

والأصلُ في ذلك قولُهُ ﷺ: «أربعةٌ لا لِعانَ بينهم وبينَ أزواجهم: اليهوديَّةُ، والنَّصرانيَّةُ تحتَ المسلم، والمملوكةُ تحت الحُرِّ، والحُرَّةُ تحت المملوك[1]».

ولو كانا مَحدودَينِ في قَذفٍ فعليه الحدُّ؛ لأنَّ امتناعَ اللِّعانِ من جهته، إذ هو ليس من أهلِهِ.

(وصِفَةُ اللِّعانِ: أنْ يَبتَدِئَ القاضِي بِالزَّوجِ، فيَشهَدَ أربعَ مَرَّاتٍ، يقولُ في كلِّ مرَّة: «أشهَدُ باللهِ إنِّي لَمِنَ الصَّادِقينَ فِيما رَمَيتُها بِهِ مِنَ الزِّنا»، ويَقُولُ في الخامِسَةِ: «لَعنَةُ اللهِ عَلَيهِ إنْ كانَ مِنَ الكاذِبينَ فِيما رَماها بِهِ مِنَ الزِّنا»، يُشِيرُ إليها في جَمِيعِ ذلك. ثمَّ تَشْهَدُ المَرأةُ أربعَ مَرَّاتٍ تَقُولُ في كلِّ مَرَّةٍ: «أشهَدُ بِاللهِ إنَّهُ لَمِنَ الكاذِبينَ فِيما رَمانِي بِهِ مِنَ الزِّنا»، وتَقُولُ في الخامِسَةِ: «غَضَبُ اللهِ عَلَيها إنْ كانَ مِنَ الصَّادِقِينَ فِيما رَمانِي بِهِ مِنَ الزِّنا»).

والأصلُ فيه ما تلوناه من النَّصِّ، وروى الحسنُ عن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ أنَّه يأتي بلفظةِ المُواجهةِ، يقول: «فيما رميتُكِ به من الزِّنا» لأنَّهنَّ أقطعُ للاحتمال.

---

(١) أخرج البيهقي في الكبرى، كتاب اللعان، باب: من يلاعن من الأزواج ومن لا يلاعن (١٥٠٧٤)، والدار قطني في الحدود والديات برقم (٢٤٠)، وابن ماجه في الطلاق، باب: اللعان (٢٠٧١) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدِّه أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «أربعٌ من النِّساء لا مُلاعنَةَ بينهنَّ: النَّصرانيَّةُ تحتَ المسلم، واليهوديَّةُ تحتَ المسلمِ، والحرَّةُ تحتَ المَملُوكِ، والمَملُوكةِ تحتَ الحُرِّ».

وإذا التَعَنا لا تَقَعُ الفُرْقَةُ حتَّى يُفَرِّقَ القاضِي بَيْنَهما، ....

وجهُ ما ذَكَر في الكتابِ أنَّ لفظة المُغايَبَة إذا انضمَّت إليها الإشارةُ انقطَعَ الاحتمالُ.

قال: (وإذا التَعَنا لا تَقَعُ الفُرْقَةُ حتَّى يُفَرِّقَ القاضِي بَيْنَهما)، وقال زفر: تقع بِتلاعُنِهما؛ لأنَّه تَثبتُ الحرمةُ المؤبَّدةُ بالحديث[1].

ولنا: أنَّ ثُبوتَ الحُرمةِ يُفوِّتُ الإمساكَ بالمعروفِ، فيلزمُهُ التَّسريحُ بالإحسانِ، فإذا امتَنَع نابَ القاضي مَنابَهُ دفعاً للظُّلم. دلَّ عليه[2] قولُ ذلك المُلاعِن عند النَّبيِّ ﷺ: كذبتُ عليها يا رسولَ الله إن أمسكتُها، فهي طالقٌ ثلاثاً[3]، قاله بعد اللِّعان[4].

---

(١) يشير به إلى حديث «المتلاعنان لا يجتمعان أبدا»، فإنَّه يفيدُ تعلُّقَ عدَم الاجتماع باللِّعان، كما هو المعروفُ من أنَّ ترتيبَ الحكمِ على مشتَّقٍ، يفيدُ أنَّ مبدأ اشتقاقِهِ علَّة له، وسيأتي الكلام على هذا الحديث. فتح.

(٢) على عدم وقوع الفرقة حتَّى يفرق القاضي.

(٣) أخرج البخاري في الطلاق، باب: اللعان ومن طلق بعد اللعان (٥٠٠٢)، ومسلم في اللعان برقم (١٤٩٢) أنَّ عُويمرَ العَجلاني جاء إلى عاصمِ بنِ عَديٍّ الأنصاريِّ فقال له: يا عاصمُ، أرأيتَ رجلاً وَجَدَ مع امرأتِهِ رجلاً، أيقتُلُه فتقتلُونَهُ، أم كيف يفعل؟ سَلْ لي يا عاصمُ عن ذلك رسولَ الله ﷺ، فسأل عاصمٌ رسولَ الله ﷺ عن ذلك، فكَرِهَ رسولُ الله ﷺ المسائلَ وعابَها، حتَّى كَبُرَ على عاصِمٍ ما سَمِعَ من رسول الله ﷺ، فلمَّا رَجَعَ عاصمٌ إلى أهله جاءه عُوَيمرٌ فقال: يا عاصمُ ماذا قال لك رسول الله ﷺ؟ فقال عاصمٌ لِعُويمر: لم تأتني بخيرٍ، قد كَرِهَ رسولُ الله ﷺ المسألة التي سألته عنها، فقال عُوَيمر: واللهِ لا أنتهي حتَّى أسألَهُ عنها، فأقبل عُويمرٌ حتَّى جاء رسولَ الله ﷺ وسَطَ النَّاسِ فقال: يا رسول الله أرأيتَ رجلاً وَجَدَ مع امرأتِهِ رجلاً أيقتُلُهُ فتقتُلونه، أم كيف يفعل؟ فقال رسول الله ﷺ: «قد أنزل فيك وفي صاحبَتِكَ، فاذهب فأت بها»، قال سهل: فتلاعنا وأنا مع النَّاس عند رسول الله ﷺ، فلمَّا فَرَغا من تلاعُنِهما قال عُوَيمر: كذبتُ عليها يا رسول الله إن أمسَكْتُها، فطلَّقَها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله ﷺ.

(٤) وجه الاستدلال: أنَّه لو وقعت الفرقة باللعان لأنكر النَّبيُّ عليه قوله: «هي طالق ثلاثا».

وتَكُونُ الفُرقَةُ تَطلِيقَةً بائِنَةً عندَ أبي حنيفة ومحمَّد، وهو خاطِبٌ إذا أكْذَبَ نَفْسَهُ. ولو كانَ القَذْفُ بِنَفْيِ الوَلَدِ نَفَى القاضِي نَسَبَهُ وألحَقَهُ بِأمِّهِ، ولو قَذَفَها بِالزِّنا ونَفَى الوَلَدَ ذَكَرَ في اللِّعانِ الأمرَينِ، ثمَّ يَنفِي القاضِي نَسَبَ الوَلَدِ ويُلْحِقُهُ بِأمِّهِ،

(وتَكُونُ الفُرقَةُ تَطلِيقَةً بائِنَةً عندَ أبي حنيفة ومحمَّد؛ لأنَّ فِعلَ القاضي انتسَبَ إليه كما في العِنِّين.

(وهو خاطِبٌ[1] إذا أكْذَبَ نَفْسَهُ) عندهما، وقال أبو يوسف رَحِمَهُ الله: هو تحريمٌ مؤبَّدٌ؛ لقوله ﷺ: «المُتلاعنانِ لا يَجتمعانِ أبداً[2]» نصَّ على التَّأبيد.

ولهما: أنَّ الإكذابَ رجوعٌ، والشَّهادةُ بعد الرُّجوعِ لا حكمَ لها، ولا يَجتمعانِ ما داما مُتلاعِنَين، ولم يَبقَ التَّلاعنُ ولا حكمُه بعد الإكذابِ، فَيَجتمعانِ.

(ولو كانَ القَذْفُ بِنَفْيِ الوَلَدِ نَفَى القاضِي نَسَبَهُ وألحَقَهُ بِأمِّهِ).

وصورةُ اللِّعان: أن يأمُرَ الحاكمُ الرَّجلَ فيقول: «أشهدُ بالله إنِّي لَمِن الصَّادقينَ فيما رَمَيتُكِ به من نَفْيِ الولد»، وكذا في جانبِ المرأةِ.

(ولو قَذَفَها بِالزِّنا ونَفَى الوَلَدَ ذَكَرَ في اللِّعانِ الأمرَينِ، ثمَّ يَنفِي القاضِي نَسَبَ الوَلَدِ ويُلْحِقُهُ بِأمِّهِ)؛ لِما رُوي أنَّ النَّبيَّ ﷺ: نَفَى ولدَ امرأةِ هلالِ بنِ أميَّة عن هلال وألحَقَه بها[3]، ولأنَّ المقصودَ من هذا اللِّعانِ نفيُ الولدِ، فَيُوفَّرُ عليه

---

(١) يعني: إذا أكذب نفسَهُ بعدَ اللِّعانِ والتَّفريقِ، حُدَّ أو لم يُحَدَّ، صار خاطباً، من الخطبةُ يَحِلُّ له تزوُّجُها. فتح.

(٢) أخرج أبو داود باب: اللعان (٢٢٥٠) عن سهل بن سعد في هذا الخبر قال: «فَمَضَتِ السُّنَّةُ بعدُ في المُتلاعِنَينِ أن يُفرَّقَ بينهما ثمَّ لا يَجتمعانِ أبداً».

(٣) أخرج أحمد (١/ ٢٣٨) (٢١٣١)، وأبو داود في الطلاق، باب: اللعان (٢٢٥٦) عن ابن عباس قال: جاء هلال بنُ أميَّة وهو أحدُ الثَّلاثةِ الذين تاب الله عليهم، فجاء من أرضِهِ عشيَّاً فوَجَدَ عند أهلِهِ رجلاً، فرأى بِعَينِهِ وسَمِعَ بأذُنِهِ، فلم يَهِجْهُ حتَّى أصبح، ثمَّ غدا على رسولِ الله ﷺ فقال: يا رسولَ الله إنِّي جئتُ أهلي عِشاءً فوجدتُ عندهم رجلاً، فرأيت بِعَيني وسمعتُ بأذُني، فَكَرِهَ رسولُ الله ﷺ ما جاءَ به واشتَدَّ عليه، فنزلت ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ﴾ [النُّور: ٦] الآيتين =

فإنْ عادَ الزَّوجُ وأكْذَبَ نَفْسَهُ حَدَّهُ القاضي وحَلَّ لَهُ أنْ يَتَزَوَّجَها، ....

مَقصودُهُ فَيَتضمَّنُه القضاءُ بالتَّفريق.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ: أنَّ القاضي يُفرِّق ويقول: «قد ألزمتُهُ أُمَّهَ، وأخرجتُهُ من نسب الأب[1]»، لأنَّه ينفكُّ عنه فلا بدَّ من ذكره.

(فإنْ عادَ الزَّوجُ وأكْذَبَ نَفْسَهُ حَدَّهُ القاضي)؛ لإقرارِهِ بِوُجوبِ الحدِّ عليه، **(وحَلَّ لَهُ أنْ يَتزوَّجها)** وهذا عندهما؛ لأنَّه لمَّا حُدَّ لم يَبقَ أهلاً لِلِّعانِ، فارتفع حكمُهُ المَنوطُ به، وهو التَّحريمُ.

= كِلتَيهما، فَسُرِّي عن رسولِ الله ﷺ فقال: «أبشِرْ يا هلالُ، قد جَعَلَ اللهُ ﷻ لك فَرَجاً ومَخرَجاً»، قال هلال: قد كنتُ أرجو ذلك من ربِّي، فقال رسولُ الله ﷺ: «أرسِلُوا إليها»، فجاءت فَتَلا عليهما رسولُ اللهِ ﷺ وذَكَّرَهما وأخبَرَهُما أنَّ عذابَ الآخِرَةِ أشَدُّ من عذابِ الدُّنيا، فقال هلالٌ: واللهِ لقد صدَقتُ عليها، فقالت: قد كَذَبَ، فقال رسول الله ﷺ: «لاعِنُوا بينهما»، فقيل لهلال: اِشهَدْ، فشَهِدَ أربعَ شهاداتٍ بالله إنَّه لَمِنَ الصَّادقين، فلمَّا كانت الخامسةُ قيل له: يا هلالُ اتَّقِ اللهَ فإنَّ عذابَ الدُّنيا أهونُ من عذابِ الآخرةِ، وإنَّ هذه المُوجِبةُ التي تُوجِبُ عليك العَذابَ، فقال: واللهِ لا يُعذِّبُني الله عليها كما لم يَجلِدْني عليها، فشَهِدَ الخامسةَ أنَّ لعنةَ اللهِ عليه إن كان من الكاذبين.

ثمَّ قيل لها: اِشهدي، فشهدت أربعَ شهاداتٍ بالله إنَّه لمن الكاذبينَ، فلمَّا كانت الخامسةُ قيل لها: اِتَّقي اللهَ؛ فإنَّ عذابَ الدُّنيا أهونُ من عذاب الآخرةِ، وإنَّ هذه المُوجِبةُ التي تُوجِبُ عليك العذابَ، فتلكَّأت ساعةً ثمَّ قالت: واللهِ لا أفضَحُ قومي، فشَهِدَت الخامسةَ أنَّ غضَبَ اللهِ عليها إن كان من الصَّادقينَ.

ففَرَّقَ رسولُ اللهِ ﷺ بينهما، وقضى أن لا يُدعَى وَلَدُها لأبٍ ولا تُرمَى ولا يُرمَى وَلَدُها، ومَنْ رماها أو رَمَى وَلَدَها فعليه الحَدُّ، وقَضَى أن لا بَيْتَ لها عليه، ولا قُوتَ من أجلِ أنَّهما يَتفرَّقانِ من غيرِ طلاقٍ ولا مُتوفَّى عنها.

وقال: «إن جاءت به أُصَيْهِبَ أُرَيْصِحَ أُثَيبِج، حَمْشَ السَّاقين، فهو لهلال، وإن جاءت به أَورَقَ جَعْداً جُمالِيّاً، خَدَلَّجَ السَّاقين، سابغَ الأليتين فهو للذي رُمِيَت به»، فجاءت به أَورَقَ جَعْداً جُماليّاً خَدَلَّجَ السَّاقينِ سابغَ الأليتين، فقال رسول الله ﷺ: «لولا الأيمانُ لكان لي ولها شأنٌ».

قال عكرمة: فكان بعد ذلك أميراً على مصر وما يُدعَى لأب.

(1) حتَّى لو لم يقلْ ذلك لم يَنتفِ النَّسبُ عنه؛ لأنَّ نفيَ الولدِ يَنفكُّ عن التَّفريقِ، إذ ليس من ضرورةِ التَّفريقِ باللِّعان نفيُ الولدِ. عناية.

وكذلكَ إنْ قَذَفَ غَيْرَها فَحُدَّ به، وكذا إذا زَنَتْ فَحُدَّتْ. وإذا قَذَفَ امرأتَهُ وهِيَ صَغِيرَةٌ أو مَجنُونَةٌ فَلا لِعانَ بينهما، وكذا إذا كان الزَّوجُ صَغيراً أو مَجْنُوناً. وقَذْفُ الأخرَسِ لا يَتَعَلَّقُ بِهِ اللِّعانُ. وإذا قال الزَّوجُ: «ليس حَمْلُكِ مِنِّي» فلا لِعانَ بينهما، ....

(وكذلكَ إنْ قَذَفَ غَيْرَها فَحُدَّ به)؛ لِما بيَّنَّا[1] (وكذا إذا زَنَتْ فَحُدَّتْ)؛ لانتفاء أهليَّةِ اللِّعانِ من جانِبِها.

(وإذا قَذَفَ امرأتَهُ وهِيَ صَغِيرَةٌ أو مَجنُونَةٌ فَلا لِعانَ بينهما)؛ لأنَّه لا يُحدُّ قاذِفُها لو كان أجنبيّاً؛ فكذا لا يُلاعَنُ الزَّوجُ لقيامه مَقامَهُ، (وكذا إذا كان الزَّوجُ صَغيراً أو مَجْنُوناً)؛ لعدم أهليَّةِ الشَّهادةِ.

(وقَذْفُ الأخرَسِ لا يَتَعَلَّقُ بِهِ اللِّعانُ)؛ لأنَّه يتعلَّقُ بالصَّريحِ كحدِّ القذفِ، وفيه خلافُ الشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ[2]، وهذا لأنَّه لا يَعرى عن الشُّبهةِ، والحدودُ تندرئُ بها.

(وإذا قال الزَّوجُ: «ليس حَمْلُكِ مِنِّي» فلا لِعانَ بينهما[3])، وهذا قولُ أبي حنيفة وزفر رَحِمَهُمَا اللَّهُ؛ لأنَّه لا يَتيقَّنُ بقيام الحمل، فلم يَصِر قاذفاً.

وقال أبو يوسف ومحمد رَحِمَهُمَا اللَّهُ: اللِّعانُ يجبُ بِنَفي الحَملِ إذا جاءت به لأقَلَّ من ستَّةِ أشهر، وهو معنى ما ذُكر في الأصل؛ لأنَّا تيقَّنَّا بقيامِ الحملِ عنده[4]، فيتحقَّقُ القذفُ.

قلنا: إذا لم يكن قذفاً في الحالِ يصيرُ كالمعلَّق بالشَّرطِ، فيصيرُ كأنَّه قال: «إن كان بكِ حملٌ فليس منِّي»، والقذفُ لا يصحُّ تعليقُهُ بالشَّرط.

---

(١) يريد به قوله: «لأنه لمَّا حُدَّ لم يَبقَ أهلا للِّعان فارتفع حكمُه المنوط به».

(٢) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٣/ ٤٧٨) ط دار الفكر: (و) يَقذِفُ و(يُلاعِنُ أخرَسُ) خِلقةً (بإشارةٍ مُفهِمَةٍ أو كتابةٍ). اهـ وانظر الحاوي (١١/ ٢٣) ط الكتب العلمية.

(٣) أي: ولا حدَّ عليه.

(٤) أي: عند القذف.

فإنْ قال لها: «زَنَيتِ وهذا الحَمْلُ مِنَ الزِّنا» تَلاعَنا ولم يَنْفِ القاضي الحَمْلَ. وإذا نَفَى الرَّجُلُ وَلَدَ امرأتِهِ عَقِيبَ الوِلادَةِ، أو في الحالَةِ التي تُقبَلُ التَّهنِئَةُ وتُبتاعُ آلَةُ الوِلادَةِ، صَحَّ نَفْيُهُ، ولاعَنَ بِهِ. وإنْ نَفاهُ بعدَ ذلكَ لاعَنَ ويَثْبُتُ النَّسَبُ، وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد: يَصِحُّ نَفْيُهُ في مُدَّةِ النِّفاسِ. ....

(فإنْ قال لها: «زَنَيتِ وهذا الحَمْلُ مِنَ الزِّنا» تَلاعَنا)؛ لِوُجودِ القذفِ، حيث ذَكَر الزِّنا صريحاً، (ولم يَنْفِ القاضي الحَمْلَ).

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ[1]: ينفيه لأنَّه ﷺ نَفَى الولَدَ عن هلالٍ وقد قَذَفها حاملاً.

ولنا: أنَّ الأحكامَ لا تترتَّبُ عليه إلَّا بعد الولادةِ؛ لِتمكُّنِ الاحتمالِ قبلَهُ، والحديثُ محمولٌ على أنَّه عَرَفَ قيامَ الحَبَلِ بطريقِ الوحي.

(وإذا نَفَى الرَّجُلُ وَلَدَ امرأتِهِ عَقِيبَ الوِلادَةِ، أو في الحالَةِ التي تُقبَلُ التَّهنِئَةُ وتُبتاعُ آلَةُ الوِلادَةِ، صَحَّ نَفْيُهُ، ولاعَنَ بِهِ. وإنْ نَفاهُ بعدَ ذلكَ لاعَنَ ويَثْبُتُ النَّسَبُ، وهذا عند أبي حنيفة).

(وقال أبو يوسف ومحمد: يَصِحُّ نَفْيُهُ في مُدَّةِ النِّفاسِ)؛ لأنَّ النَّفيَ يصحُّ في مدَّةٍ قصيرةٍ ولا يصحُّ في مدَّة طويلةٍ، فَفَصلْنا بينهما بمدَّةِ النِّفاس؛ لأنَّه أثرُ الولادةِ.

وله: أنَّه لا معنى للتَّقدير؛ لأنَّ الزَّمان للتَّأمُّلِ، وأحوالُ النَّاسِ فيه مُختلِفَةٌ، فاعتبرنا ما يدلُّ عليه، وهو قَبولُه التَّهنئةَ، أو سُكوتُه عند التَّهنئةِ، أو ابتياعُهُ مَتاعَ الولادةِ، أو مُضيُّ ذلك الوقتِ وهو مُمتنعٌ عن النَّفي.

---

(1) قال الماوردي في الحاوي (١١/ ٤٦٨) الكتب العلمية: قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: «ولو ظَهر بها حَملٌ فنفاه وقَذَفها، لاعنَها ولا نفقةَ عليه»، قال الماوردي: وهذا صحيحٌ. إذا نفى حَمْلَ زوجتِهِ ولاعَنَ منها بعد قَذفِهِ صحَّ لِعانُه من الحملِ على القولين فيه. اهـ.
وانظر مغني المحتاج (٣/ ٤٨٤) ط دار الفكر.

وإذا وَلَدَتْ وَلَدَيْنِ في بَطْنٍ واحِدٍ، فَنَفَى الأوَّلَ واعتَرَفَ بِالثَّاني يَثْبُتُ نَسَبُهُما وحُدَّ الزَّوجُ، وإنِ اعتَرَفَ بِالأوَّلِ ونَفَى الثَّاني يَثْبُتُ نَسَبُهُما ولاعَنَ.

ولو كان غائباً ولم يعلم بالولادةِ، ثمَّ قَدِمَ تُعتَبَرُ المُدَّةُ التي ذكرناها على الأصلين[1].

قال: (**وإذا وَلَدَتْ وَلَدَيْنِ في بَطْنٍ واحِدٍ، فَنَفَى الأوَّلَ واعتَرَفَ بِالثَّاني يَثْبُتُ نَسَبُهُما**)؛ لأنَّهما توأمانِ خُلِقا من ماءٍ واحدٍ، (**وحُدَّ الزَّوجُ**)؛ لأنَّه أكذَبَ نفسَهُ بدعوى الثَّاني، (**وإنِ اعتَرَفَ بِالأوَّلِ ونَفَى الثَّاني يَثْبُتُ نَسَبُهُما**)؛ لِما ذكرنا، (**ولاعَنَ**)؛ لأنَّه قاذفٌ بِنَفي الثَّاني ولم يَرجِع عنه، والإقرارُ بالعِفَّةِ سابقٌ على القذفِ، فصار كما إذا قال: «إنَّها عفيفةٌ» ثمَّ قال: «هي زانية»، وفي ذلك التَّلاعنُ، كذا هذا.

---

(١) فيُجعل كأنَّها ولدته الآن، فله النَّفيُ عند أبي حنيفة في مقدار ما يقبل فيه التَّهنئة. وعندهما في مقدار مدَّة النِّفاس بعد القدُوم؛ لأنَّ النَّسب لا يلزم إلا بعد العلمِ به، فصارت حالُ القدوم كحال الولادة. عناية.

باب العنِّين وغيره

وإذا كان الزَّوجُ عِنِّيناً أجَّلَهُ الحاكِمُ سَنَةً، فإنْ وَصَلَ إليها فَبِها، وإلَّا فُرِّقَ بينهما إذا طَلَبَتِ المَرأةُ ذلكَ، وتِلكَ الفُرْقَةُ تَطلِيقَةٌ بائِنَةٌ، ....

(باب العنِّين[١] وغيره)

(وإذا كان الزَّوجُ عِنِّيناً أجَّلَهُ الحاكِمُ سَنَةً، فإنْ وَصَلَ إليها فَبِها، وإلَّا فُرِّقَ بينهما إذا طَلَبَتِ المَرأةُ ذلكَ)، هكذا رُوي عن عُمر[٢] وعليٍّ[٣] وابنِ مسعود[٤] رضي الله عنهم، ولأنَّ الحَقَّ ثابتٌ لها في الوطءِ، ويَحتمِلُ أن يكون الامتناعُ لعلَّةٍ مُعترِضةٍ، ويَحتمِل لآفةٍ أصليَّةٍ، فلا بدَّ من مدَّة مُعرِّفةٍ لذلك، وقدَّرناها بالسَّنةِ لاشتمالِها على الفُصولِ الأربعةِ، فإذا مضَتِ المدَّةُ ولم يَصِل إليها تبيَّنَ أنَّ العجزَ بآفةٍ أصليَّةٍ، ففاتَ الإمساكُ بالمعروفِ، ووجب عليه التَّسريحُ بالإحسان، فإذا امتنَعَ نابَ القاضي منابَهُ ففرَّق بينهما، ولا بدَّ من طَلبِها لأنَّ التَّفريقَ حقُّها.

(وتِلكَ الفُرْقَةُ تَطلِيقَةٌ بائِنَةٌ)؛ لأنَّ فِعلَ القاضي أضيفَ إلى فعلِ الزَّوجِ، فكأنَّه طلَّقَها بنفسه. وقال الشَّافعيُّ رحمه الله[٥]: هو فَسخٌ، لكنِ النِّكاحُ لا يَقبلُ الفسخَ عندنا.

---

(١) العنِّين: هو الذي لا يقدرُ على إتيان النِّساء، من عُنَّ إذا حُبس في العُنَّة وهي حظيرة الإبل، أو مِن عَنَّ إذا عَرَض؛ لأنَّ ذَكَرَه يَعِن يميناً وشمالاً ولا يقصده لاسترخائه. عناية.

(٢) روي عن عمر من طرقٍ أحدها ما أخرجه ابن ابي شيبة في مصنفه، كتاب النكاح، باب: كم يؤجل العنين (١٦٤٩٢) عن الحسن عن عمر قال: يُؤَجَّلُ العِنِّينُ سنةً، فإن وَصَلَ إليها وإلَّا فُرِّقَ بينهما».

(٣) أخرج ابن أبي شيبة في النكاح، باب: كم يؤجل العنين (١٦٤٨٩)، وعبد الرزاق في النكاح، باب: أجل العنين (١٠٧٢٥) عن عليٍّ قال: يُؤَجَّلُ العِنِّينُ سنةً، فإن أصابها وإلَّا فهي أحقُّ بنفسها.

(٤) أخرج عبد الرزاق في النكاح، باب: أجل العنين (١٠٧٢٣) عن ابن مسعودٍ قال: «يُؤَجَّلُ العِنِّينُ سنةً، فإن دخلَ بها، وإلَّا فُرِّقَ بينهما».

(٥) قال الماوردي في الحاوي (٩/ ٣٦٩) الكتب العلمية: فإذا ثبتَ أنَّ العِنَّةَ عيبٌ يَثْبُتُ به خيارُ الفسخِ، فهو مُعتَبَرٌ بشرطين: أحدهما: أن لا يكونَ قد أصابها قطُّ، فإن أصابها مَرَّةً زال عنه حكمُ العِنَّة. والثاني: أن لا يَقدِرَ على إيلاجِ حشفةِ الذَّكرِ، فإنْ قَدِرَ على إيلاجِ الحشفةِ - وإن استعان بيده - =

ولها كمالُ مَهرِها إنْ كانَ خَلا بها، ويَجِبُ العِدَّةُ. ولَوِ اختَلَفَ الزَّوجُ والمَرأةُ في الوُصولِ إليها، فإنْ كانَتْ ثَيِّباً فَالقَولُ قَولُهُ مَعَ يَمِينِهِ، ثمَّ إنْ حَلَفَ بَطَلَ حَقُّها، وإنْ نَكَلَ يُؤَجَّلُ سَنَةً. وإنْ كانَتْ بِكْراً نَظَرَ إليها النِّساءُ، فإنْ قُلْنَ: «هي بِكرٌ» أُجِّلَ سنَةً، وإنْ قُلْنَ: «هي ثَيِّبٌ» يُحَلَّفُ الزَّوجُ، فإنْ حَلَفَ لا حَقَّ لها، وإنْ نَكَلَ يُؤَجَّلَ سَنَةً. وإنْ كانَ مَجْبُوباً فُرِّق بينهما في الحالِ إنْ طَلَبَتْ، والخَصِيُّ يُؤَجَّلُ كما يُؤَجَّلُ العِنِّينُ. وإذا أُجِّلَ العِنِّينُ سَنَةً وقال: «قَدْ جامَعْتُها» وأنكَرَتْ، نَظَرَ إليها النِّساءُ، فإنْ قُلْنَ هي بِكرٌ خُيِّرَتْ، ....

وإنَّما تقعُ بائنةً؛ لأنَّ المقصودَ - وهو دَفعُ الظُّلمِ عنها - لا يَحصُلُ إلَّا بها؛ لأنَّها لو لم تكن بائنةً تعودُ معلَّقةً بالمراجعة.

(ولها كمالُ مَهرِها إنْ كانَ خَلا بها)؛ فإنَّ خلوةَ العِنِّينِ صحيحةٌ (ويَجِبُ العِدَّةُ) لِما بيَّنَّا من قبلُ[1]، وهذا إذا أقَرَّ الزَّوجُ أنَّه لم يَصِل إليها.

(ولَوِ اختَلَفَ الزَّوجُ والمَرأةُ في الوُصولِ إليها، فإنْ كانَتْ ثَيِّباً فَالقَولُ قَولُهُ مَعَ يَمِينِهِ)؛ لأنَّه يُنكِرُ استحقاقَ حقِّ الفُرقةِ، والأصلُ هو السَّلامةُ في الجِبلَّةِ.

(ثمَّ إنْ حَلَفَ بَطَلَ حقُّها، وإنْ نَكَلَ يُؤَجَّلُ سَنَةً. وإنْ كانَتْ بِكْراً نَظَرَ إليها النِّساءُ، فإنْ قُلْنَ: «هي بِكرٌ» أُجِّلَ سنَةً)؛ لِظُهورِ كَذِبه، (وإنْ قُلْنَ: «هي ثَيِّبٌ» يُحَلَّفُ الزَّوجُ، فإنْ حَلَفَ لا حَقَّ لها، وإنْ نَكَلَ يُؤَجَّلَ سَنَةً).

(وإنْ كانَ مَجْبُوباً فُرِّق بينهما في الحالِ إنْ طَلَبَتْ)؛ لأنَّه لا فائدةَ في التَّأجيل، (والخَصِيُّ يُؤَجَّلُ كما يُؤَجَّلُ العِنِّينُ)؛ لأنَّ وَطأه مَرجوٌّ.

(وإذا أُجِّلَ العِنِّينُ سَنَةً وقال: «قَدْ جامَعْتُها» وأنكَرَتْ، نَظَرَ إليها النِّساءُ، فإنْ قُلْنَ هي بِكرٌ خُيِّرَتْ)؛ لأنَّ شهادَتهنَّ تأيَّدت بمؤيِّدٍ، وهي البكارةُ، ....

= زال عنه حكمُ العِنَّةِ، فإذا تكامَلَ الشَّرطانِ وتصادَقَ عليهما الزَّوجانِ لم يَتعجَّلِ الفسخَ بها، وأجَّلَ الزَّوجُ لها سنةً كاملةً بالأهلة. اهـ.

(١) يعني: في باب المهر.

وإنْ قُلْنَ: «هي ثيِّبٌ» حُلِّفَ الزَّوجُ، فإنْ نَكلَ خُيِّرَتْ، وإنْ حَلَفَ لا تُخيَّرُ. وإنْ كانت ثيِّباً في الأصلِ فَالقولُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ، فإنِ اختارَتْ زَوْجَها لَمْ يَكُنْ لها بَعْدَ ذلكَ خِيارٌ. وإذا كانَ بِالزَّوجَةِ عَيْبٌ فَلا خِيارَ لِلزَّوجِ. ....

(وإنْ قُلْنَ: «هي ثيِّبٌ» حُلِّفَ الزَّوجُ، فإنْ نَكلَ خُيِّرَتْ)؛ لِتأيُّدِها بالنُّكول.

(وإنْ حَلَفَ لا تُخيَّرُ، وإنْ كانت ثيِّباً في الأصلِ فَالقَولُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ) وقد ذكرناه.

(فإنِ اختارَتْ زَوْجَها لَمْ يَكُنْ لها بَعْدَ ذلكَ خِيارٌ)؛ لأنَّها رضيت بِبُطلان حقِّها.

وفي التَّأجيلِ تُعتبَرُ السَّنَةُ القمريَّةُ، هو الصَّحيحُ. ويُحتَسَبُ بأيَّامِ الحيض[1] وبِشَهرِ رمضان؛ لوجودِ ذلك في السَّنة، ولا يُحتَسَبُ بمرضِهِ ومرضِها؛ لأنَّ السَّنةَ قد تخلو عنه.

(وإذا كانَ بِالزَّوجَةِ عَيْبٌ فَلا خِيارَ لِلزَّوجِ).

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ[2]: تُردُّ بالعيوبِ الخمسةِ: وهي الجُذامُ والبَرَصُ والجنونُ والرَّتَق[3] والقَرْن[4]؛ لأنَّها تمنعُ الاستيفاءَ حِسَّاً أو طبعاً[5]، والطَّبعُ مؤيَّدٌ بالشَّرع، قال ﷺ: «فِرَّ من المجذوم فِرارَكَ من الأسد[6]».

---

(١) معناه: أنَّه لا يعوَّض عن أيام الحيض وشهر رمضان الواقعة مدَّةَ التَّأجيل.

(٢) قال النووي في المنهاج: وجد أحدُ الزَّوجينِ بالآخرِ جنوناً أو جُذاماً أو بَرَصاً، أو وَجَدَها رَتْقاءَ أو قرناءَ أو وَجَدَتْهُ عنِّيناً أو مجنوناً، ثبَتَ الخيارُ في فَسخِ النِّكاح. اهـ انظر مغني المحتاج (٣/٢٥٨-٢٥٩) دار الفكر.

(٣) «الرَّتق» بفتح الرَّاء، مصدر قولك: «امرأة رتقاء» لا يُستطاع جماعها؛ لارتقاق ذلك الموضع، أي: لانسداده، ليس لها خرق إلا المبال. عناية.

(٤) قال في المغرب: هو إمَّا غدَّة غليظة، أو لحمةٌ مرتفعة، أو عظم تمنع من سلوك الذَّكر في الفرج، و«امرأة قرناء» بها ذلك. عناية.

(٥) أمَّا حسَّاً في الرَّتق والقرن، وأمَّا طبعاً ففي الجُذام والبرص والجنون.

(٦) أخرج البخاري في الطب، باب: الجذام (٥٣٨٠) عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا عَدْوَى ولا طِيَرَةَ ولا هامَةَ ولا صَفَرَ، وفِرَّ من المَجذُومِ كما تَفِرُّ من الأسد».

وإذا كانَ بِالزَّوجِ جُنُونٌ أو بَرَصٌ أو جُذَامٌ، فلا خِيارَ لها عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لها الخيارُ.

ولنا: أنَّ فوتَ الاستيفاء أصلاً بالموت لا يُوجِب الفسخَ، فاختلالُهُ بهذه العُيوب أولى، وهذا لأنَّ الاستيفاءَ من الثَّمراتِ، والمُستَحَقُّ هو التَّمكُّنُ، وهو حاصلٌ.

(وإذا كانَ بِالزَّوجِ جُنُونٌ أو بَرَصٌ أو جُذَامٌ، فلا خِيارَ لها عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لها الخيارُ) دفعاً للضَّرر عنها، كما في الجَبِّ والعِنَّةِ، بخلافِ جانبِهِ؛ لأنَّه متمكِّنٌ من دَفْعِ الضَّررِ بالطَّلاقِ.

ولهما: أنَّ الأصلَ عدمُ الخيارِ؛ لِما فيه من إبطالِ حقِّ الزَّوجِ، وإنَّما يَثبُتُ في الجَبِّ والعِنَّةِ لأنَّهما يُخِلَّانِ بالمَقصودِ المَشروعِ له النِّكاح، وهذه العيوبُ غيرُ مُخِلَّةٍ به فافترقا، والله أعلم بالصَّواب.

باب العدّة

وإذا طَلَّق الرَّجلُ امرأَتَهُ طلاقاً بائناً، أو رَجعِيّاً، أو وَقَعَتِ الفُرقَةُ بينهما بِغَيرِ طَلاقٍ، وهي حُرَّةٌ مِمَّنْ تَحيضُ، فَعِدَّتُها ثَلاثَةُ أقراءٍ، ....

(باب العدَّة[١])

(وإذا طَلَّق الرَّجلُ امرأَتَهُ طلاقاً بائناً، أو رَجعِيّاً، أو وَقَعَتِ الفُرقَةُ بينهما بِغَيرِ طَلاقٍ[٢]، وهي حُرَّةٌ مِمَّنْ تَحيضُ، فَعِدَّتُها ثَلاثَةُ أقراء)؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البَقَرَة: ٢٢٨].

والفُرقَةُ إذا كانت بغير طلاقٍ فهي في معنى الطَّلاقِ؛ لأنَّ العِدَّة وجبت للتَّعرُّفِ عن بَراءةِ الرَّحِمِ في الفُرقةِ الطَّارئةِ على النِّكاحِ، وهذا يَتحقَّقُ فيها.

والأقراءُ الحَيضُ عندنا. وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٣]: الأطهارُ. واللَّفظُ حقيقةٌ فيهما، إذ هو من الأضدادِ، كذا قاله ابنُ السِّكِّيت، ولا يَنتظِمُهما جملةً للاشتراك[٤]. والحَملُ على الحيضِ أولى، إمَّا عملاً بلفظِ الجمعِ، لأنَّه لو حُمِل على الأطهارِ - والطَّلاقُ يُوقَع في طُهرٍ - لم يبقَ جَمعاً، أو لأنَّه مُعرِّفٌ لِبَراءةِ الرَّحِمِ، وهو المقصودُ[٥]، أو لقوله ﷺ: «وعِدَّةُ الأمةِ حيضتان[٦]»، فَيَلتحِقُ بياناً به[٧].

---

(١) العدَّة في اللُّغة: أيَّام أقراء المرأة. وفي الشَّريعة: تربُّصٌ يلزم المرأة عند زوال مِلك المتعة متأكِّداً بالدُّخول او الخلوة أو الموت. عناية.

(٢) كخيار العتق وخيار البلوغ وعدمِ الكفاءةِ ومِلكِ أحد الزَّوجين الآخر.

(٣) قال النووي: وعِدَّةُ حرَّةٍ ذاتِ أقراءٍ ثلاثةٌ، والقرءُ: الطُّهر. اهـانظر مغني المحتاج (٣/ ٤٩٠) دار الفكر.

(٤) أي: اللَّفظ لا يتناول المعنيين بآن واحد، لأنَّه مشترك، ولا عموم للمشترك بين الأضداد بالإجماع.

(٥) بيانه: أنَّ الحيض معرِّف لبراءة الرَّحم؛ لأنَّ براءتها إنَّما تظهر بالحيض لا بالطُّهر، لِما أنَّ الحمل طُهْرٌ ممتدٌّ، فيجتمعان، فلا يحصل التَّعرُّف بأنَّها حامل أو حائل، وهو - أي: التَّعرُّف - المقصود. عناية.

(٦) تقدم في الطلاق ص (١١٩) ت (٢).

(٧) أي: فيلحق هذا الخبر بالمشترك من الكتاب بياناً.

وإنْ كانَتْ مِمَّنْ لا تَحيضُ مِنْ صِغَرٍ، أو كِبَرٍ فَعِدَّتُها ثَلاثَةُ أشهُرٍ، وكذا التي بَلَغَت بِالسِّنِّ ولم تَحِضْ، وإنْ كانَتْ حامِلاً فَعِدَّتُها أنْ تَضَعَ حَمْلَها، وإنْ كانَتْ أمَةً فَعِدَّتُها حَيْضَتانِ، وإنْ كانَتْ لا تَحِيضُ فَعِدَّتُها شَهرٌ ونِصفٌ. وعِدَّةُ الحُرَّةِ في الوَفاةِ أربَعَةُ أشْهُرٍ وعَشْرٌ، وعِدَّةُ الأمَةِ شَهْرانِ وخَمسَةُ أيَّامٍ، ....

(وإنْ كانَتْ مِمَّنْ لا تَحيضُ مِنْ صِغَرٍ، أو كِبَرٍ فَعِدَّتُها ثَلاثَةُ أشهُرٍ)؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ﴾ [الطّلَاق: ٤] الآية، (وكذا التي بَلَغَت بِالسِّنِّ ولم تَحِضْ) بآخِرِ الآية[1].

(وإنْ كانَتْ حامِلاً فَعِدَّتُها أنْ تَضَعَ حَمْلَها)؛ لقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّۚ﴾ [الطّلَاق: ٤].

(وإنْ كانَتْ أمَةً فَعِدَّتُها حَيْضَتانِ)؛ لقوله ﷺ: «طلاقُ الأمةِ تطليقتان، وعِدَّتُها حيضتان[2]»، ولأنَّ الرِّقَّ مُنصِّفٌ، والحيضةُ لا تتجزَّأُ، فَكمِّلَت فصارت حيضتين، وإليه أشار عمرُ رضي الله عنه بقوله: لو استطعتُ لجعلتُها حيضةً ونصفاً[3].

(وإنْ كانَتْ لا تَحِيضُ فَعِدَّتُها شَهرٌ ونِصفٌ)؛ لأنَّه مُتجزٍّ، فأمكَنَ تنصيفُهُ عملاً بالرِّقِّ.

(وعِدَّةُ الحُرَّةِ في الوَفاةِ أربَعَةُ أشْهُرٍ وعَشْرٌ)؛ لقوله تعالى: ﴿وَيَذَرُونَ أَزۡوَٰجٗا يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرۡبَعَةَ أَشۡهُرٖ وَعَشۡرٗاۖ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٤]، (وعِدَّةُ الأمَةِ شَهْرانِ وخَمسَةُ أيَّامٍ)؛ لأنَّ الرِّقَّ مُنصِّفٌ.

---

(١) وهو قوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَۚ﴾ [الطّلَاق: ٤].

(٢) تقدَّم ص (١١٩).

(٣) أخرج ابن أبي شيبة في المصنف في الطلاق، باب: ما قالوا كم عدة الأمة إذا طلقت (١٨٧٧٥) عن عمر قال: لو استطعتُ أن أجعلَ عِدَّةَ الأمةِ حيضةً ونصفاً لَفعلتُ، فقال له رجل: لو جعلتَها شهراً ونِصفاً، فسَكَتَ.

وإنْ كانَتْ حامِلاً فَعِدَّتُها أنْ تَضعَ حَمْلَها. وإذا وَرِثَتِ المُطَلَّقَةُ في المَرَضِ فَعِدَّتُها أبعَدُ الأجَلَينِ. ....

(وإنْ كانَتْ حامِلاً فَعِدَّتُها أنْ تَضعَ حَمْلَها)؛ لإطلاقِ قوله تعالى: ﴿وَأُولَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[الطَّلَاق: ٤]، وقال عبد الله بن مسعود رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: مَن شاء باهَلتُهُ أنَّ سورةَ النِّساء القُصرى[(١)] نزلت بعد الآية التي في سورة البقرة[(٢)].

وقال عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: لو وَضَعَتْ وزَوجُها على سريره، لانقَضت عِدَّتُها وحَلَّ لها أن تتزوَّج[(٣)].

(وإذا وَرِثَتِ المُطَلَّقَةُ في المَرَضِ فَعِدَّتُها أبعَدُ الأجَلَينِ[(٤)])، وهذا عند أبي حنيفة

---

(١) في العناية: يعني سورة ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾[الطَّلَاق: ١] إلى آخرها نزلت بعد التي في سورة البقرة، يريد أنَّ قوله تعالى ﴿وَأُولَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ﴾[الطَّلَاق: ٤] متأخِّرٌ عن قوله ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ﴾[البَقَرَة: ٢٢٨] فيكون ناسخاً في ذوات الأحمال.

(٢) أخرج النسائي في الصغرى، كتاب الطلاق، باب: عدة الحامل المتوفى عنها زوجها (٣٥٢٢)، وأبو داود في الطلاق، باب: في عدة الحامل (٢٣٠٧) عن علقمة بن قيس أنَّ ابن مسعود قال: «مَن شاء لاعنتُهُ ما أنزلت ﴿وَأُولَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[الطَّلَاق: ٤] إلا بعد آية المتوفَّى عنها زوجها، إذا وَضَعَت المُتوفَّى عنها زوجُها فقد حلَّت»، واللفظ للنسائي.
والحديث أخرجه البخاري في التفسير، باب: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ﴾[البَقَرَة: ٢٣٤] الآية (٤٢٥٨).

(٣) أخرج مالك في الموطأ في الطلاق، باب: المرأة تطلق أو يموت عنها زوجها وهي حامل (٥٧٦) عن الزُّهري أنَّ ابن عُمر سُئِل عن امرأة يُتوفَّى عنها زوجها؟ قال: إذا وَضَعَت فقد حَلَّتْ، قال رجلٌ من الأنصار كان عنده: إنَّ عمر بن الخطَّاب قال: «لو وَضَعَت ما في بَطنِها وهو على سريره لم يُدفَنْ بعدُ، حلَّتْ».
وأخرج البخاري في الطلاق، باب: ﴿وَأُولَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[الطَّلَاق: ٤] (٥٠١٤)، ومسلم في الطلاق، باب: انقضاء عدة المتوفى عنها زوجها وغيرها بوضع الحمل (١٤٨٥) عن المِسوَرِ بنِ مَخرَمة: أنَّ سُبيعَةَ الأسلميَّةَ نُفِسَتْ بعدَ وفاةِ زَوجِها بليالٍ، فجاءتِ النَّبيَّ ﷺ فاستأذَنَتْهُ أن تُنكَحَ، فأذِنَ لها، فنُكِحَت.

(٤) وذلك أن تعتدَّ أربعةَ أشهرٍ وعشراً فيها ثلاثُ حِيَض، حتَّى لو اعتدَّت أربعةَ أشهرٍ وعشراً ولم تَحِض، =

فإذا عَتَقَتِ الأمَةُ في عِدَّتِها مِنْ طَلاقٍ رَجْعِيٍّ، انتَقَلَتْ عِدَّتُها إلى عِدَّةِ الحَرائرِ، وإنْ أُعتِقَتْ وهي مَبْتُوتَةٌ، أو مُتَوَفَّى عنها زَوْجُها، لَمْ تَنتَقِلْ عِدَّتُها. وإنْ كانَتْ آيِسَةً فاعتَدَّتْ بِالشُّهورِ، ثُمَّ رأتِ الدَّمَ انْتَقَضَ ما مَضَى مِنْ عِدَّتِها، وعليها أنْ تَستأنِفَ العِدَّةَ بِالحَيض. ....

ومحمد رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، وقال أبو يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ: ثلاثُ حِيَض، ومعناه: إذا كان الطَّلاقُ بائناً أو ثلاثاً، أمَّا إذا كان رجعيّاً فَعلَيها عِدَّةُ الوفاةِ بالإجماع.

لأبي يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ: أنَّ النِّكاحَ قد انقطَعَ قبلَ الموتِ بالطَّلاقِ، ولَزِمَتْها ثلاثُ حِيَض، وإنَّما تجبُ عِدَّةُ الوفاةِ إذا زال النِّكاحُ في الوفاة، إلَّا أنَّه بَقِي في حقِّ الإرثِ لا في حقِّ تَغيُّر العِدَّة، بخلاف الرَّجعيِّ؛ لأنَّ النِّكاحَ باقٍ من كلِّ وجهٍ.

ولهما: أنَّه لمَّا بَقِي في حَقِّ الإرث يُجعَل باقياً في حقِّ العِدَّةِ احتياطاً، فَيُجمَع بينهما.

ولو قُتِلَ على رِدَّتِه حتَّى ورثته امرأتُهُ، فَعِدَّتُها على هذا الاختلاف. وقيل: عِدَّتُها بالحيض بالإجماع؛ لأنَّ النِّكاحَ حينئذٍ ما اعتُبِر باقياً إلى وقتِ الموتِ في حقِّ الإرثِ؛ لأنَّ المُسلمةَ لا تَرِثُ من الكافر.

(فإذا عَتَقَتِ الأمَةُ في عِدَّتِها مِنْ طَلاقٍ رَجعِيٍّ، انتَقَلَتْ عِدَّتُها إلى عِدَّةِ الحَرائرِ)؛ لقيام النِّكاحِ من كلِّ وجهٍ، (وإنْ أُعتِقَتْ وهي مَبْتُوتَةٌ، أو مُتَوَفَّى عنها زَوْجُها، لَمْ تنتَقِلْ عِدَّتُها) إلى عِدَّةِ الحرائر؛ لِزَوالِ النِّكاحِ بالبينونةِ أو الموتِ.

(وإنْ كانَتْ آيِسَةً فاعتَدَّتْ بِالشُّهورِ، ثُمَّ رأتِ الدَّمَ انْتَقَضَ ما مَضَى مِنْ عِدَّتِها، وعليها أنْ تَستأنِفَ العِدَّةَ بِالحَيض)، ومعناه: إذا رأتِ الدَّمَ على العادة؛ لأنَّ عَودَها يُبطِل الإياسَ، هو الصَّحيحُ، فظهر أنَّه لم يكن خَلَفاً، وهذا لأنَّ شَرْط

= كانت في العِدَّة ما لم تَحِض ثلاث حِيَض، ولو حاضت ثلاثَ حِيَض قبل تَمامِ أربعةِ أشهر وعشر، لا تنقضي عدَّتُها حتَّى تتمَّ المدَّة. عناية.

ولو حاضَتْ حَيْضَتَيْنِ، ثُمَّ أَيِسَتْ تَعْتَدُّ بِالشُّهور. والمَنكُوحَةُ نِكاحاً فاسِداً، والمَوطُوءَةُ بِشُبْهَةٍ، عِدَّتُهما الحَيضُ في الفُرقَةِ والمَوتِ. وإذا ماتَ مَولَى أمِّ الوَلَدِ عنها، أو أعتَقَها، فَعِدَّتُها ثَلاثُ حِيَضٍ، ولو كانت مِمَّنْ لا تَحِيضُ، فَعِدَّتُها ثَلاثَةُ أشهُرٍ. ....

الخَلَفِيَّة تَحقُّقُ اليأس، وذلك باستدامةِ العَجزِ إلى الممات، كالفِديَةِ في حقِّ الشَّيخِ الفاني.

(ولو حاضَتْ حَيْضَتَيْنِ، ثُمَّ أَيِسَتْ تَعْتَدُّ بِالشُّهور) تَحرُّزاً عن الجَمعِ بين البدلِ والمُبدَلِ.

(والمَنكُوحَةُ نِكاحاً فاسِداً، والمَوطُوءَةُ بِشُبْهَةٍ، عِدَّتُهما الحَيضُ في الفُرقَةِ والمَوتِ)؛ لأنَّها للتَّعرُّفِ عن براءةِ الرَّحمِ، لا لِقَضاءِ حقِّ النِّكاحِ، و الحيضُ هو المُعرِّفُ.

(وإذا ماتَ مَولَى أمِّ الوَلَدِ عنها، أو أعتَقَها، فَعِدَّتُها ثَلاثُ حِيَضٍ).

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ[1]: حيضةٌ واحدةٌ؛ لأنَّها تجبُ بزوالِ مِلك اليمين، فشابهت الاستبراءَ.

ولنا: أنَّها وَجبَت بزوالِ الفراشِ، فأشبَهَ عِدَّةَ النِّكاح، ثمَّ إمامُنا فيه عمرُ رَضِيَ اللهُ عَنهُ، فإنَّه قال: عِدَّةُ أمِّ الولد ثلاثُ حِيَضٍ[2].

(ولو كانت مِمَّنْ لا تَحِيضُ، فَعِدَّتُها ثَلاثَةُ أشهُرٍ) كما في النِّكاح.

---

(١) قال الماوردي في الحاوي (١١/ ٣٢٩) الكتب العلمية: إذا مات السَّيِّدُ عن أمِّ ولدِهِ لَزِمَها أن تَستبرِئَ نفسَها بِقَرءٍ واحدٍ، وكذلك المُدبَّرة والأمةُ المُشتراةُ، والحُرَّةُ المُسترَقَّةُ بالسَّبي، فيلزم هؤلاءِ الأربعَ أن يَستبرئن أنفسَهُنَّ بِقَرءٍ واحد. اهـ.

(٢) أخرج ابن أبي شيبة في الطلاق، باب: ما قالوا في أم الولد إذا أعتقت كم تعتد (١٨٧٦٢) أنَّ عَمرو بنَ العاص أمَرَ أمَّ ولدٍ أُعتِقَت أن تعتَدَّ ثلاثَ حِيَضٍ، وكَتَبَ إلى عُمر، فكَتَبَ بِحُسنِ رأيه.
وكذا أخرجه عن الحسن البصري، وإبراهيم النَّخعي.

وإذا ماتَ الصَّغيرُ عَنِ امرأتِهِ وبِها حَبَلٌ فِعِدَّتُها أنْ تَضَعَ حَمْلَها، ولا يَثْبُتَ نَسَبُ الوَلَدِ في الوَجْهَينِ. ....

(وإذا ماتَ الصَّغيرُ عَنِ امرأتِهِ وبِها حَبَلٌ فِعِدَّتُها أنْ تَضَعَ حَمْلَها)، وهذا عند أبي حنيفة و محمد رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، وقال أبو يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ: عِدَّتُها أربعةُ أشهر وعشرٌ، وهو قولُ الشَّافعيِّ رَحِمَهُٱللَّهُ[1]؛ لأنَّ الحَملَ ليس بثابتِ النَّسبِ منه، فصار كالحادثِ بعد الموتِ.

ولهما: إطلاقُ قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطَّلَاق: ٤]، ولأنَّها مُقدَّرةٌ بمُدَّةِ وَضْعِ الحَمْلِ في أولاتِ الأحمالِ، قَصُرتِ المُدَّةُ أو طالت، لا لِلتَّعرُّفِ عن فَراغِ الرَّحم؛ لِشَرْعِها بالأشهر مع وُجودِ الأقراءِ، لكن لِقَضاءِ حقِّ النِّكاح، وهذا المعنى يتحقَّقُ في الصَّبيِّ وإن لم يكن الحملُ منه.

بخلافِ الحملِ الحادثِ؛ لأنَّه وجبتِ العِدَّةُ بالشُّهور، فلا تتغيَّرُ بِحُدُوثِ الحَملِ، وفيما نحن فيه كما وَجَبَت وَجَبَت مُقدَّرةً بمُدَّة الحملِ، فافترقا.

ولا يلزَمُ امرأةَ الكبيرِ إذا حَدَثَ لها الحَبَلُ بعد الموت[2]؛ لأنَّ النَّسبَ يَثبُتُ منه، فكان كالقائمِ عند الموتِ حُكماً.

(ولا يَثْبُتَ نَسَبُ الوَلَدِ في الوَجْهَينِ[3])؛ لأنَّ الصَّبيَّ لا ماءَ له، فلا يُتصوَّرُ منه العُلُوقُ، والنِّكاحُ يقوم مَقامَه في موضعِ التَّصوُّر.

---

(١) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٣/ ٥٠٤) دار الفكر: (فلو مات صبيٌّ) لا يُولَدُ لمثلِهِ (عن حاملٍ فَبِالأشهرِ) تعتَدُّ لا بالوَضعِ؛ لأنَّه منفيٌّ عنه يقيناً لعَدَمِ إنزاله، (وكذا) لو مات (مَمسُوحٌ) وهو المَقطوعُ جميعُ ذكرِهِ وأنثييه عن حاملٍ، فتعتَدُّ بالأشهرِ لا بالوَضعِ. اهـ.

(٢) جواب عما يقال: إذا مات الرَّجل ولم تكن المرأة حاملاً، فقد ألزمناها العدَّةَ بالشُّهور، ثمَّ إذا ظهر الحملُ تكون العدَّةُ بوضع الحمل، فقدت تغيَّرت العدَّةُ بوضع الحمل، فأجاب بقوله: ولا يلزم امراة الكبير ... اهـ بناية.

(٣) أي: في إذا كان الحمل قائماً عند موت الصَّغير، وفيما إذا كان حادثاً بعد موته.

وإذا طَلَّقَ الرَّجُلُ امرأتَه في حالَةِ الحَيضِ، لَمْ تَعْتَدَّ بِالحَيضَةِ التي وَقَعَ فيها الطَّلاقُ. وإذا وُطِئَتِ المُعتَدَّةُ بِشُبْهَةٍ، فَعَلَيْها عِدَّةٌ أُخْرَى، وتَداخَلَتِ العِدَّتانِ، ويَكونُ ما تَراهُ المَرأةُ مِنَ الحَيضِ مُحْتَسَباً مِنهما جميعاً، وإذا انقَضَتِ العِدَّةُ الأولى ولم تَكْمُلِ الثَّانيةُ، فَعَلَيها تَمامُ العِدَّةِ الثَّانيةِ. ....

(وإذا طَلَّقَ الرَّجُلُ امرأتَه في حالَةِ الحَيضِ لَمْ تَعْتَدَّ بِالحَيضَةِ التي وَقَعَ فيها الطَّلاقُ)؛ لأنَّ العِدَّةَ مُقدَّرةٌ بثلاث حِيَض كوامل، فلا يَنقُص عنها.

(وإذا وُطِئَتِ المُعتَدَّةُ بِشُبْهَةٍ فَعَلَيْها عِدَّةٌ أُخْرَى وتَداخَلَتِ العِدَّتانِ، ويَكونُ ما تَراهُ المَرأةُ مِنَ الحَيضِ مُحْتَسَباً مِنهما جميعاً، وإذا انقَضَتِ العِدَّةُ الأولى ولم تَكْمُلِ الثَّانيةُ، فَعَلَيها تَمامُ العِدَّةِ الثَّانيةِ)، وهذا عندنا.

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ[1]: لا تتداخلان؛ لأنَّ المقصود هو العبادة، فإنَّها عبادةُ كفٍّ عن التَّزوُّجِ والخُروجِ، فلا تتداخلان، كالصَّومين في يوم واحد.

---

(١) ذكر الشيخ المرغيناني مسألةَ التداخل مجملة وكأنَّ الحكمَ واحدٌ عند الشافعيَّة، وهو ليس كذلك، بل فيه تفصيل بيَّنه ووضَّحه شيخُ الإسلام زكريا في فتح الوهاب (٢/ ١٨٣) الكتب العلمية فقال: (لَزِمَها عِدَّتا شَخصٍ):

- (من جنسٍ) واحد (كأن طَلَّقَ ثمَّ وَطِئَ في عدَّةِ غيرِ حَملٍ) من أقراءَ أو أشهرٍ، ولم تَحبَل من وطئه، عالماً كان أو جاهلاً بأنَّها المُطلَّقةُ أو بالتَّحريم، (لا عالماً) بذلك (في بائنٍ) لأنَّ وطأه لها زناً لا حُرمةَ له (تداخلتا) أي: عدَّتا الطَّلاق والوطء، (فَتَبتدِئُ عدَّةً) بأقراءَ أو أشهرٍ (من) فراغ (وطءٍ)، ويدخل فيها بقيَّةُ عدَّةِ الطَّلاق، والبقيَّةُ واقعةٌ عن الجهتين، (وله رَجعةٌ في البقيَّةِ) في الطَّلاقِ الرَّجعيِّ دونَ ما بعدها.

- (أو) من (جنسين، كَحملٍ وأقراء) كأن طلَّقها حائلاً ثمَّ وَطِئها في أقراءَ وأحبلَها، أو طلَّقها حاملاً ثمَّ وَطِئها قبل الوضعِ وهي مِمَّن تحيضُ (فكذلك) أي: فَتَتداخلان، بأن تدخُلَ الأقراء في الحَملِ في المثالِ لاتِّحادِ صاحبهما، (فَتَنقَضِيان بِوَضعِهِ) وهو واقعٌ عن الجهتين (ويُراجِعُ قبلَهُ) في الطَّلاقِ الرَّجعيِّ، سواءٌ أكان الحملُ من الوطءِ أم لا.

(أو) لَزِمَها عِدَّتا (شَخصَين، كأن كانت في عدَّةِ زواج، أو) وَطءِ (شُبهَةٍ، فَوُطِئَتْ) من آخَرَ (بِشُبهةٍ) كنكاحِ فاسدٍ أو كانت زوجةً معتدَّةً عن شبهةٍ فَطُلِّقت (فَلا تَداخُلَ) لِتَعدُّدِ المُستحِقِّ، بل تَعتَدُّ لكلٍّ منهما عدَّةً كاملةً. اهـ.

والمُعتَدَّةُ عن وَفاةٍ إذا وُطِئَتْ بِشُبْهَةٍ تَعتَدُّ بالشُّهُورِ، وتُحتَسَبُ بِما تَراهُ مِنَ الحَيضِ فيها. وابتداءُ العِدَّةِ في الطَّلاقِ عَقِيبَ الطَّلاق، وفي الوَفاةِ عَقيبَ الوَفاةِ. فإنْ لم تَعْلَمْ بِالطَّلاقِ أو الوَفاةِ حتَّى مَضَتْ مُدَّةُ العِدَّةِ، فَقَدِ انْقَضَتْ عِدَّتُها. والعِدَّةُ في النِّكاحِ الفاسِدِ عَقيبَ التَّفريقِ، أو عَزمِ الواطِئِ على تَرْكِ وَطئِها. ....

ولنا: أنَّ المقصودَ التَّعرُّفُ عن فَراغِ الرَّحِمِ، وقد حصَلَ بالواحدةِ، فتَتَداخلانِ، ومعنى العبادةِ تابعٌ، ألا ترى أنَّها تنقضي بدونِ عِلمِها ومَعَ تركها الكفَّ.

(والمُعتَدَّةُ عن وَفاةٍ إذا وُطِئَتْ بِشُبْهَةٍ تَعتَدُّ بِالشُّهُورِ، وتُحتَسَبُ بِما تَراهُ مِنَ الحَيضِ فيها) تحقيقاً للتَّداخُلِ بِقَدْرِ الإمكانِ[١].

(وابتداءُ العِدَّةِ في الطَّلاقِ عَقِيبَ الطَّلاق، وفي الوَفاةِ عَقيبَ الوَفاةِ. فإنْ لم تَعْلَمْ بِالطَّلاقِ أو الوَفاةِ حتَّى مَضَتْ مُدَّةُ العِدَّةِ، فَقَدِ انْقَضَتْ عِدَّتُها)؛ لأنَّ سببَ وُجوبِ العِدَّةِ الطَّلاقُ أو الوفاةُ، فَيُعتَبَرُ ابتداؤها من وقتِ وُجودِ السَّببِ.

ومشايخنا رَحِمَهُمُ اللَّهُ[٢] يُفتُون في الطَّلاقِ أنَّ ابتداءَها من وقتِ الإقرارِ نَفياً لِتُهمةِ المُواضعةِ.

(والعِدَّةُ في النِّكاحِ الفاسِدِ عَقيبَ التَّفريقِ، أو عَزمِ الواطِئِ على تَرْكِ وَطئِها[٣])، وقال زفر رَحِمَهُ اللَّهُ: مِن آخِرِ الوَطآت؛ لأنَّ الوطءَ هو السَّببُ المُوجِبُ.

ولنا: أنَّ كلَّ وطءٍ وُجِد في العقدِ الفاسدِ يَجري مَجرى الوَطأةِ الواحدةِ؛ لاستنادِ الكلِّ إلى حُكم عقدٍ واحدٍ، ولهذا يُكتفى في الكلِّ بمهرٍ واحدٍ، فقبلَ المُتاركةِ أو العَزْمِ لا تَثبُتُ العدَّةُ مع جوازِ وُجودِ غيرِه، ولأنَّ التَّمكُّنَ على وَجهِ الشُّبهةِ أُقيم مُقام حقيقةِ الوَطءِ؛ لِخفائه ومَساسِ الحاجةِ إلى مَعرفةِ الحُكمِ في حقِّ غيره[٤].

---

(١) فلو لم تَرَ فيها دماً يجب أن تعتدَّ بعد الأشهر بثلاث حيض. اهـ فتح.

(٢) يريد علماءَ بُخارى وسمرقند. عناية.

(٣) والعزمُ أمرٌ باطنٌ لا يُطَّلعُ عليه، وله دليلٌ ظاهرٌ وهو الإخبارُ بذلك، بأن يقول: تركتُ وطأها، أو ما يُفيدُ معناه، فيُقامُ مُقامَهُ ويُدارُ الحكمُ عليه.

(٤) أي: غير الواطئ، وهو الذي يريدُ أن يتزوَّجها. عناية.

وإذا قالتِ المُعتَدَّةُ: «انْقَضَتْ عِدَّتي» وكَذَّبها الزَّوجُ، كانَ القَولُ قَولَها مَعَ اليَمينِ. وإذا طَلَّقَ الرَّجلُ امرأتَهُ طَلاقاً بائِناً، ثمَّ تَزَوَّجَها في عِدَّتِها وطَلَّقَها قبلَ الدُّخُولِ بها، فَعَلَيهِ مَهرٌ كامِلٌ، وعليها عِدَّةٌ مُستَقْبَلَةٌ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: عليه نِصفُ المَهرِ، وعليها إتمامُ العِدَّةِ الأولى. ....

(وإذا قالتِ المُعتَدَّةُ: «انْقَضَتْ عِدَّتي» وكَذَّبها الزَّوجُ، كانَ القَولُ قَولَها مَعَ اليَمينِ)؛ لأَنَّها أَمِينةٌ في ذلك، وقد اتُّهِمَت بالكَذِب فَتحلِفُ كالمُودَعِ[1].

(وإذا طَلَّقَ الرَّجلُ امرأتَهُ طَلاقاً بائِناً، ثمَّ تَزَوَّجَها في عِدَّتِها وطَلَّقَها قبلَ الدُّخُولِ بها، فَعَلَيهِ مَهرٌ كامِلٌ، وعليها عِدَّةٌ مُستَقْبَلَةٌ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: عليه نِصفُ المَهرِ، وعليها إتمامُ العِدَّةِ الأولى)؛ لأنَّ هذا طلاقٌ قبلَ المَسيسِ، فلا يُوجِبُ كمالَ المهرِ، ولا استئنافَ العِدَّةِ، وإكمالُ العِدَّةِ الأولى إنَّما يجبُ بالطَّلاقِ الأوَّل، إلَّا أنَّه لم يظهرْ حالَ التَّزوُّجِ الثَّاني، فإذا ارتفع بالطَّلاق الثَّاني ظَهَر حُكمُه، كما لو اشترى أمَّ وَلدِهِ[2] ثمَّ أعتَقَها.

ولهما: أنَّها مَقبوضةٌ في يدِهِ حقيقةً بالوطأةِ الأولى، وبقي أثَرُهُ وهو العِدَّةُ، فإذا جَدَّدَ النِّكاحَ - وهي مقبوضةٌ - نابَ ذلك القبضُ عن القبضِ المُستَحَقِّ في هذا النِّكاحِ، كالغاصبِ يَشتري المَغصوبَ الذي في يدِهِ، يصيرُ قابضاً بمجرَّدِ العقدِ، فَوَضُحَ بهذا أنَّه طلاقٌ بعد الدُّخولِ.

---

(١) يعني: إذا قال: «هلَكَتِ الوديعةُ» أو قال: «رَدَدتُّها» وأنكر المُودِعُ ذلك، فإنَّ القولَ قولُهُ مع يمينِهِ لأنَّه أمينٌ، وما على الأمين إلَّا اليمين.

(٢) أي: زوجته التي هي أمُّ ولدِهِ إذا كانت أمَةً، فإنَّه يَنفسِخ النِّكاح بالشِّراء، ولم تظهر العدَّةُ حتَّى حَلَّ وَطؤها بملك اليمين، ثمَّ بالعتق تظهر، غيرَ أنَّ هنا تجب عليها عدَّةٌ أخرى؛ لأنَّها أمُّ ولد أُعتقت، وتداخلت العِدَّتان فيجب عليها الإحدادُ إلى أن تذهب عدَّةُ النِّكاح، وهي حيضتان من وقت الشِّراء؛ لأنَّها عدَّة النِّكاح، ولا يجب عليها فيما بقي من الحيضة الأخرى؛ لأنَّها عدَّة أمِّ ولدٍ أُعتقت.

وإذا طَلَّقَ الذِّمِّيُّ الذِّمِّيَّةَ فلا عِدَّةَ عليها، وكذا إذا خَرَجَتِ الحَربِيَّةُ إلينا مُسلِمَةً، فإنْ تَزَوَّجَتْ جازَ، إلَّا أنْ تكونَ حامِلاً، وهذا كلُّه عند أبي حنيفة، وقالا: عليها وعلى الذِّمِّيَّةِ العِدَّةُ.

وقال زفر رحمه الله: لا عِدَّةَ عليها أصلاً؛ لأنَّ الأولى قد سقطت بالتَّزوُّجِ فلا تعودُ، والثَّانيةَ لم تَجب. وجوابُه ما قلنا[1].

(وإذا طَلَّقَ الذِّمِّيُّ الذِّمِّيَّةَ فلا عِدَّةَ عليها، وكذا إذا خَرَجَتِ الحَربِيَّةُ إلينا مُسلِمَةً، فإنْ تَزَوَّجَتْ جازَ، إلَّا أنْ تكونَ حامِلاً، وهذا كلُّه عند أبي حنيفة، وقالا: عليها وعلى الذِّمِّيَّةِ العِدَّةُ).

أمَّا الذِّمِّيَّةُ فالاختلافُ فيها نظيرُ الاختلافِ في نِكاحِهم مَحارِمَهم، وقد بيَّنَّاه في كتاب النِّكاح[2]، وقولُ أبي حنيفة رحمه الله فيما إذا كان مُعتَقَدُهم أنَّه لا عِدَّة عليها.

وأمَّا المُهاجِرةُ فوجهُ قولِهما: أنَّ الفُرقةَ لو وقَعتْ بسببٍ آخر وَجَبت العِدَّةُ، فكذا بسببِ التَّبايِنِ، بخلافِ ما إذا هاجر الرَّجلُ وتركَها[3]؛ لِعَدمِ التَّبليغ[4].

وله: قولُه تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ إِذَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [المُمتَحنَة: ١٠]، ولأنَّ العدَّةَ حيث وَجَبَت كان فيها حَقُّ بني آدم[5]، والحربيُّ مُلحَقٌ بالجماد، حتَّى كان مَحلاً للتَّملُّكِ، إلَّا أن تكونَ حاملاً؛ لأنَّ في بَطنِها ولداً ثابتَ النَّسبِ.

---

(١) إشارة إلى قوله: «وإكمال العدَّة الأولى»، وإلى قوله: «ولهما أنَّها مقبوضة في يده ...» إلخ.

(٢) يعني: قوله: «باب في نكاح أهل الشرك: وإذا تزوَّج الكافرُ بغير شهودٍ أو في عدَّةِ كافرٍ، وذلك في دينهم جائزٌ ...» إلى آخره. انظر ص (٨٤).

(٣) فإنَّه لا عدَّةَ عليها هناك إجماعاً، حتَّى جاز له أن يتزوَّجَ أختها أو أربعاً سواها، كما دخل دارَ الإسلام. فتح.

(٤) أي: تبليغ الأحكام لها في دار الحرب، لا لأنَّها غيرُ مُخاطَبةٍ بالعِدَّةِ. فتح.

(٥) لأنَّها تجبُ صيانةً لماءٍ محترمٍ، ولهذا لا تجبُ قبلَ الدُّخولِ، ولا حقَّ للحربيِّ؛ لأنَّه ملحَقٌ بالجماد، حتَّى كان محلاً للتَّملُّك. عناية.

فصل

وعلى المَبتُوتَةِ والمُتَوَفَّى عنها زَوْجُها إذا كانَتْ بالِغَةً مُسلِمَةً الحِدادُ. ....

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنَّه يجوزُ نكاحُها ولا يَطؤُها كالحُبلى من الزِّنا، والأوَّلُ أصحُّ.

(فصل)

في بيان ما يلزم المعتدة من أحكام

قال: (وعلى المَبتُوتَةِ والمُتَوَفَّى عنها زَوْجُها إذا كانَتْ بالِغَةً مُسلِمَةً الحِدادُ).

أمَّا المُتوفَّى عنها زوجُها فلقوله ﷺ: «لا يَحِلُّ لامرأةٍ تُؤمنُ بالله واليومِ الآخِرِ أنْ تُحِدَّ على مَيتٍ فوقَ ثلاثةِ أيَّام، إلَّا على زوجِها أربعةَ أشهُرٍ وعشراً[1]».

وأمَّا المبتوتةُ فمذهَبُنا[2]. وقال الشَّافعيُّ رحمه الله[3]: لا حِدادَ عليها؛ لأنَّه وَجَبَ إظهاراً للتَّأسُّفِ على فَوتِ زَوجٍ وَفَّى بِعَهدِها إلى مَماتِهِ، وقد أوحَشَها بالإبانةِ، فلا تأسَفُ بِفَوته.

(١) أخرج الأئمَّةُ السِّتَّةُ، وهو عند البخاري في الجنائز، باب: حد المرأة على غير زوجها (١٢٢١)، ومسلم في الطلاق، باب: وجوب الإحداد في عدة الوفاة وتحريمه في غير ذلك إلا ثلاثة أيام (١٤٨٦) عن زينبَ بنتِ أبي سلمة قالت: لمَّا جاء نَعْيُ أبي سفيانَ من الشَّام، دَعَتْ أمُّ حبيبةَ رضي الله عنها بِصُفرةٍ في اليومِ الثَّالثِ فَمَسَحَتْ عارِضَيْها وذراعَيْها، وقالت: إنِّي كنتُ عن هذا لَغنيَّةً، لولا أنِّي سمعتُ رسولَ اللهِ ﷺ يقول: «لا يَحِلُّ لامرأةٍ تؤمنُ باللهِ واليومِ الآخِرِ أن تُحِدَّ على ميِّتٍ فوقَ ثلاثٍ، إلَّا على زَوجٍ، فإنَّها تُحِدُّ عليه أربعةَ أشهرٍ وعشراً».

(٢) أي: أمَّا وُجوبُ الإحدادِ على المَبتوتةِ فَمَذهبُنا.

(٣) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٣/ ٥٠٧) وما بعدها، ط دار الفكر: (ويُستَحَبُّ) الإحدادُ (لِبائنٍ) بِخُلعٍ أو غيرِهِ لئلا تدعو الزِّينةُ إلى الفساد، (وفي قَولٍ) قديم، وأشار إليه في الأمِّ أيضاً (يَجِبُ) الإحدادُ كالمُتوفَّى عنها زوجُها بجامعِ الاعتدادِ عن نكاح. ودُفِعَ هذا بأنَّها إن فُورِقَت بطلاقٍ فهي مَجفوَّةٌ به، أو بِفَسخٍ فالفَسخُ منها، أو لِمَعنى فيها، فلا يليقُ بها فيهما إيجابُ الإحدادِ، بخلافِ المُتوفَّى عنها زوجها. اهـ.

والحِدادُ: أنْ تَتْرُكَ الطِّيبَ والزِّينَةَ والكُحْلَ والدُّهْنَ المُطَيَّبَ وغيرَ المُطَيَّبِ، إلَّا مِنْ عُذْرٍ، وفي الجامع الصَّغير: إلَّا مِنْ وَجَعٍ. ....

ولنا: ما رُوِي أنَّ النَّبيَّ ﷺ نَهى المُعتدَّةَ أن تَختَضِبَ بالحِنَّاء، وقال: «الحِنَّاءُ طِيبٌ[1]»، ولأنَّه يجب إظهاراً للتَّأسُّفِ على فَوتِ نِعمةِ النِّكاحِ، الذي هو سببٌ لِصَونها وكفايَةِ مُؤَنِها، والإبانةُ أقطَعُ لها مِنَ الموتِ، حتَّى كان لها أن تُغَسِّلَه مَيتاً قبلَ الإبانةِ لا بَعدَها.

الحداد وما تجتنبه المحدة

(والحِدادُ) ويقال: الإحدادُ، وهما لُغتان (أنْ تَتْرُكَ الطِّيبَ والزِّينَةَ والكُحلَ والدُّهْنَ المُطَيَّبَ وغَيرَ المُطَيَّبِ، إلَّا مِنْ عُذْرٍ، وفي الجامع الصَّغير: إلَّا مِنْ وَجَعٍ).

والمعنى فيه وجهان:

أحدهما: ما ذكرناه من إظهارِ التَّأسُّف.

والثَّاني: أنَّ هذه الأشياءَ دواعي الرَّغبةِ فيها، وهي ممنوعةٌ عن النِّكاحِ، فَتَجتَنِبُها كيلا تَصيرَ ذريعةً إلى الوقوعِ في المُحرَّم.

---

(١) حديث «الحناء طيب» تقدَّمَ في الجنايات، وحديثُ نهيِ المعتدَّةِ عن الحناء أخرجه أبو داود في الطلاق، باب: فيما تجتنب المعتدة في عدتها (٢٣٠٥) عن أمِّ حكيم بنتِ أُسيد: عن أمِّها أنَّ زوجَها تُوفِّي وكانت تَشتكي عَينَيْها فَتكتَحِلُ بالجِلاءِ - قال أحمد: الصَّواب بِكُحلِ الجِلاء - فأرسلَتْ مَولاةً لها إلى أمِّ سَلَمَةَ فَسألَتْها عن كُحلِ الجِلاءِ، فقالت: لا تكتحلي به إلَّا من أمرٍ لابدَّ منه يَشتَدُّ عليكِ فَتكتَحِلين باللَّيلِ وتَمسَحينَهُ بالنَّهار، ثمَّ قالت عند ذلك أمُّ سلمة: دخلَ علَيَّ رسولُ الله ﷺ حين توفِّي أبو سلمة وقد جعلتُ على عَينِي صَبْراً، فقال: «ما هذا يا أمَّ سَلَمَة؟»، فقلت: إنَّما هو صَبْرٌ يا رسولَ الله ليس فيه طيبٌ، قال: «إنَّه يَشُبُّ الوجهَ، فلا تَجعَلِيهِ إلَّا باللَّيلِ وتنزعيهِ بالنَّهار، ولا تَمتَشِطي بالطِّيبِ، ولا بالحِنَّاءِ؛ فإنَّه خِضابٌ»، قالت: قلت: بأيِّ شيءٍ أمتَشِطُ يا رسول الله؟ قال: «بالسِّدرِ، تُغلِّفينَ به رأسَكِ».

ولا تَخْتَضِبْ بِالحِنَّاءِ، ولا تَلْبَسْ ثوباً مَصْبُوغاً بِعُصْفُرٍ ولا بِزَعْفَرانٍ. ولا حِدادَ على كافِرَةٍ ولا على صَغيرةٍ. وعلى الأمَةِ الإحدادُ، ....

وقد صحَّ أنَّ النَّبيَّ ﷺ لم يأذَنْ للمعتدَّة في الاكتحال[١]، والدُّهنُ لا يَعرَى عن نوعِ طِيبٍ، وفيه زِينةُ الشَّعرِ، ولهذا يُمنَعُ المُحرِمُ عنه.

قال[٢]: إلَّا من عُذرٍ لأنَّ فيه ضرورةً، والمرادُ الدَّواءُ لا الزِّينةُ.

ولو اعتادتِ الدُّهنَ فخافت وَجَعاً، فإن كان ذلك أمراً ظاهراً يُباحُ لها؛ لأنَّ الغالبَ كالواقعِ، وكذا لُبسُ الحريرِ إذا احتاجَتْ إليه لِعُذرٍ لا بأسَ به.

(ولا تَخْتَضِبْ بِالحِنَّاءِ)؛ لِما روينا[٣]، (ولا تَلْبَسْ ثوباً مَصْبُوغاً بِعُصْفُرٍ ولا بِزَعْفَرانٍ)؛ لأنَّه يَفُوحُ منه رائحةُ الطِّيب.

قال: (ولا حِدادَ على كافِرَةٍ)؛ لأنَّها غيرُ مُخاطبَةٍ بحقوقِ الشَّرعِ، (ولا على صَغيرةٍ)؛ لأنَّ الخطابَ موضوعٌ عنها.

(وعلى الأمَةِ الإحدادُ)؛ لأنَّها مُخاطَبَةٌ بحقوقِ اللهِ تعالى فيما ليس فيما إبطالُ

---

(١) أخرج البخاري في الطلاق، باب: تحد المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا (٥٠٢٤)، ومسلم في الطلاق، باب: وجوب الإحداد في عدة الوفاة وتحريمه في غير ذلك إلا ثلاثة أيام (١٤٨٨) قالت زينب: وسمعتُ أمَّ سلمة تقول: جاءت امرأةٌ إلى رسولِ الله ﷺ فقالت: يا رسولَ الله، إنَّ ابنتي تُوفِّي عنها زوجُها وقدِ اشتكت عينَها، أفتُكَحِّلُها؟ فقال رسول الله ﷺ: «لا»، مرَّتين أو ثلاثاً، كلَّ ذلك يقول: «لا»، ثمَّ قال رسول الله ﷺ: «إنَّما هي أربعةُ أشهرٍ وعشرٌ، وقد كانت إحداكُنَّ في الجاهليَّةِ تَرمي بالبعرةِ على رأسِ الحولِ».
قال حُميد: فقلتُ لزينبَ: وما تَرمي بالبعرة على رأسِ الحولِ؟ فقالت زينبُ: كانت المرأةُ إذا تُوفِّي زوجُها دخلت حِفْشاً ولبست شَرَّ ثيابِها، ولم تَمَسَّ الطِّيبَ حتَّى تَمُرَّ بها سنةٌ، ثمَّ تؤتَى بدابَّةٍ حمارٍ أو شاةٍ أو طائرٍ، فَتَفتَضُّ به، فقلَّما تَفتَضُّ بشيءٍ إلَّا مات، ثمَّ تَخرُجُ فَتُعطَى بعرةً فَترمي ثمَّ تُراجِعُ بعدُ ما شاءت من طِيبٍ أو غيرِهِ. سُئل مالكٌ ما تَفتَضُّ؟ قال: تَمسَحُ به جِلدَها. واللفظ للبخاري.

(٢) أي: قال القدوري: تترك المحدَّة الأشياء المذكورة.

(٣) أراد به قوله ﷺ: «الحنَّاء طِيب» انظر ص (٢٥٠).

وليس في عِدَّةِ أمِّ الوَلَدِ، ولا في عِدَّةِ النِّكاحِ الفاسِدِ إحدادٌ. ولا يَنبَغِي أنْ تُخْطَبَ المُعْتَدَّةُ، ولا بأسَ بِالتَّعرِيضِ في الخِطبَةِ. ....

حَقِّ المَولى، بخلافِ المَنعِ من الخروجِ؛ لأنَّ فيه إبطالَ حقِّه، وحقُّ العبدِ مُقدَّمٌ لحاجتِه.

قال: (وليس في عِدَّةِ أمِّ الوَلَدِ، ولا في عِدَّةِ النِّكاحِ الفاسِدِ إحدادٌ)؛ لأنَّها ما فاتها نِعمةُ النِّكاحِ لِتُظهِر التَّأسُّفَ، والإباحةُ أصلٌ[1].

خطبة المعتدة

(ولا يَنبَغِي أنْ تُخْطَبَ المُعْتَدَّةُ، ولا بأسَ بِالتَّعرِيضِ في الخِطبَةِ)؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٥] إلى أن قال: ﴿وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّآ أَن تَقُولُوا۟ قَوْلًا مَّعْرُوفًا﴾ [البَقَرَة: ٢٣٥].

وقال ﷺ: «السِّرُّ النِّكاحُ[2]»، وقال ابن عباس رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا: التَّعريضُ أن يقولَ: إنِّي أريدُ أن أتزوَّجَ[3]. وعن سعيد بن جبير رَضِيَ اللهُ عَنْهُ في القولِ المَعروفِ: إنِّي فيك لراغبٌ، وإنِّي أريد أن نَجتمِع.

---

(١) في البناية: كان ينبغي أن يقول: الأصل الإباحة. قال الأترازي: أراد إباحة الزينة لها. وقال الكاكي: أي: إباحة الزِّينة أصل خصوصاً في النِّساء. قال الأكمل: الأصل هو الإباحة في الزينة. وقال السغناقي: إباحة الزينة أصل. والكلُّ في الحقيقة معنى واحد. اهـ.

(٢) قال الزيلعي (٣/ ٢٦٢): غريب، وأخرج ابنُ أبي شيبة في مصنَّفه عن الشَّعبيِّ في قوله تعالى: ﴿وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا﴾ [البَقَرَة: ٢٣٥]: لا يأخذُ عليها عهداً وميثاقاً أن لا تتزوَّجَ غيرَهُ.
ونقلَه أبو بكر الرَّازي عن ابن عباس، وسعيد بن جبير، ومجاهد، ورواه عبد الرزاق في مصنَّفِه عن ابن عباس في قوله: ﴿وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا﴾ [البَقَرَة: ٢٣٥] قال: يقول: إنَّكِ من حاجتي.
وعن مجاهد قال: السِّرُّ أن يأخُذَ عليها عهداً وميثاقاً أن تَحبِسَ نفسَها، ولا تنكِحَ غيره. اهـ.

(٣) أخرجه البخاري في النكاح، باب: قول الله جل وعز ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ أَوْ أَكْنَنتُمْ فِىٓ أَنفُسِكُمْ عَلِمَ ٱللَّهُ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٥] الآية إلى قوله: ﴿غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [الأنعام: ٥٤].
قال لي طَلقٌ: حدثنا زائدةُ عن منصورٍ عن مجاهدٍ عن ابن عباس ﴿فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٥]، يقول: إنِّي أريد التَّزويجَ، ولَوَدِدتُ أنَّه تيسَّر لي امرأةٌ صالحةٌ.

ولا يَجوزُ لِلمُطلَّقةِ الرَّجعيَّةِ والمَبتوتَةِ الخُروجُ مِنْ بَيتِها، لَيلاً ولا نَهاراً. والمُتَوفَّى عنها زَوجُها تَخرُجُ نهاراً وبَعضَ اللَّيلِ، ولا تَبيتُ في غَيرِ مَنزِلِها. وعلى المُعتَدَّةِ أَنْ تَعْتَدَّ في المَنزِلِ الذي يُضافُ إليها بِالسُّكنَى حالَ وُقُوعِ الفُرقَةِ والمَوتِ، ....

(ولا يَجوزُ لِلمُطلَّقةِ الرَّجعيَّةِ والمَبتوتَةِ الخُروجُ مِنْ بَيتِها، لَيلاً ولا نَهاراً. والمُتَوفَّى عنها زَوجُها تَخرُجُ نهاراً وبَعضَ اللَّيلِ، ولا تَبيتُ في غَيرِ مَنزِلِها):

- أمَّا المطلَّقة فلقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ [الطَّلَاق: ١]، قيل: الفاحشةُ نفسُ الخروج، وقيل: الزِّنا، ويُخرَجن لإقامة الحدِّ.

- وأمَّا المُتوفَّى عنها زوجُها، فلأنَّه لا نفقَةَ لها، فتحتاجُ إلى الخُروج نهاراً لطلب المَعاشِ، وقد يَمتدُّ إلى أن يَهجُمَ اللَّيلُ، ولا كذلك المُطلَّقةُ؛ لأنَّ النَّفقةَ دارَّةٌ عليها من مالِ زوجِها، حتَّى لو اختلَعتْ على نفقةِ عِدَّتها، قيل: إنَّها تخرجُ نهاراً، وقيل: لا تخرجُ؛ لأنَّها أسقطت حقَّها فلا يبطلُ به حَقٌّ عليها.

(وعلى المُعتدَّةِ أنْ تَعْتَدَّ في المَنزِلِ الذي يُضافُ إليها بِالسُّكنَى حالَ وُقُوعِ الفُرقَةِ والمَوتِ)؛ لقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ﴾ [الطَّلَاق: ١]، والبيتُ المضافُ إليها هو البيتُ الذي تَسكُنه، ولهذا لو زارت أهلَها وطَلَّقها زوجُها، كان عليها أن تعودَ إلى مَنزِلِها فتعتَدَّ فيه، وقال ﷺ للتي قُتِل زوجُها: «اُسكني في بيتِكِ حتَّى يَبلُغ الكتابُ أجَلَه[1]».

---

(١) أخرج الترمذي في الطلاق، باب: ما جاء أن تعتد المتوفى عنها زوجها (١٢٠٤)، والنسائي في الصغرى، في كتاب الطلاق، باب: مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحل (٣٥٣٠)، وأبو داود في الطلاق، باب: في المتوفى عنها تنتقل (٢٣٠٠) عن سعد بن إسحق بن كعب بن عُجرةَ، عن عمَّتِهِ زينبَ بنتِ كعبِ بن عُجرة أنَّ الفريعةَ بنتَ مالكِ بن سنان - وهي أخت أبي سعيد الخدري - أخبرتها أنَّها جاءت رسولَ الله ﷺ تسألُ أن تَرجِعَ إلى أهلها في بني خُدرَةَ، وأنَّ زَوجَها خَرَج في طلبِ أعبُدٍ له أبقُوا، حتَّى إذا كان بطَرَفِ القدوم لَحِقَهم فقَتَلوه، قالت: فسألتُ رسولَ الله ﷺ أن أرجِعَ إلى أهلي؛ فإنَّ زوجي لم يَترُكْ لي مَسكناً يَملِكُهُ ولا نفقةً. =

وإنْ كان نَصِيبُها مِنْ دارِ المَيِّتِ لا يَكفِيها، فَأَخْرَجَها الوَرَثَةُ مِنْ نَصِيبِهِمْ، انتقَلَتْ. ثمَّ إنْ وَقَعَتِ الفُرْقَةُ بِطَلاقٍ بائِنٍ أو ثَلاثٍ، لا بدَّ مِنْ سُتْرَةٍ بَيْنَهُما، ثمَّ لا بأسَ بِهِ وإنْ جَعَلا بَيْنَهما امرأةً ثِقَةً تَقْدِرُ على الحَيلُولَةِ فَحَسَنٌ، وإنْ ضاقَ عليهما المَنزِلُ فَلْتَخْرُجْ، والأولى خُرُوجُهُ. وإذا خَرَجَتِ المَرأةُ مَعَ زَوْجِها إلى مَكَّةَ، فَطَلَّقَها ثَلاثاً أو ماتَ عنها في غَيرِ مِصْرٍ، فإنْ كانَ بَيْنَها وبينَ مِصْرِها أقَلُّ مِنْ ثَلاثةِ أَيَّامٍ، رَجَعَتْ إلى مِصْرِها، ....

(وإنْ كان نَصِيبُها مِنْ دارِ المَيِّتِ لا يَكفِيها، فَأَخْرَجَها الوَرَثَةُ مِنْ نَصِيبِهِمْ، انتَقَلَتْ)؛ لأنَّ هذا انتقالٌ بِعُذرٍ، والعباداتُ تُؤثِّرُ فيها الأعذارُ، فصار كما إذا خافتْ على مَتاعِها أو خافتْ سُقوطَ المنزلِ، أو كانت فيها بأجرٍ ولا تَجِدُ ما تُؤدِّيه.

(ثمَّ إنْ وَقَعَتِ الفُرْقَةُ بِطَلاقٍ بائِنٍ أو ثَلاثٍ، لا بدَّ مِنْ سُتْرَةٍ بَيْنَهُما[1]، ثمَّ لا بأسَ بِهِ[2])؛ لأنَّه مُعترِف بالحرمة، إلَّا أن يكونَ فاسقاً يُخاف عليها منه، فحينئذٍ تَخرُجُ لأنَّه عذرٌ. ولا تخرجُ عمَّا انتقلت إليه، والأولى أن يَخرُجَ هو ويَترُكَها.

(وإنْ جَعَلا بَيْنَهما امرأةً ثِقَةً تَقْدِرُ على الحَيلُولَةِ فَحَسَنٌ، وإنْ ضاقَ عليهما المَنزِلُ فَلْتَخْرُجْ، والأولى خُرُوجُهُ).

(وإذا خَرَجَتِ المَرأةُ مَعَ زَوْجِها إلى مَكَّةَ، فَطَلَّقَها ثَلاثاً أو ماتَ عنها في غَيرِ مِصْرٍ، فإنْ كانَ بَيْنَها وبينَ مِصْرِها أقَلُّ مِنْ ثَلاثةِ أَيَّامٍ، رَجَعَتْ إلى مِصْرِها)؛ لأنَّه ليس بابتداءِ الخُروجِ معنى، بل هو بناء.

= قالت: فقال رسول الله ﷺ: نعم، قالت: فانصرفتُ حتَّى إذا كنتُ في الحُجرةِ - أو في المسجد - ناداني رسولُ الله ﷺ - أو أمَرَ بي فَنُودِيتُ له - فقال: «كيف قلتِ؟»، قالت: فرَدَدتُ عليه القِصَّةَ التي ذكرتُ له من شأنِ زوجي، قال: «اسكني في بيتكَ حتَّى يَبلُغَ الكتابُ أجلَهُ»، قالت: فاعتددتُ فيه أربعةَ أشهرٍ وعشراً، قالت: فلمَّا كان عثمانُ أرسَلَ إليَّ فسألني عن ذلك، فأخبرتُهُ فاتَّبَعَه.

(١) يعني: إذا لم يكن للزَّوجِ إلا بيتٌ واحدٌ، كي لا تقعَ الخلوةُ بالأجنبيَّة، وكذا هذا في الوفاةِ إذا كان مِن ورثتِهِ مَن ليس بِمَحرَمٍ لها. فتح.

(٢) أي: ثمَّ لا بأس بالمساكنةِ بعدَ اتِّخاذِ الحجابِ اكتفاءً بالحائل. فتح.

وإنْ كانَتْ مَسِيرَةَ ثَلاثَةِ أَيَّام: إنْ شاءَتْ رَجَعَتْ، وإنْ شاءَتْ مَضَتْ، سواءٌ كانَ مَعَها وَلِيٌّ مَحرمٍ أو لَمْ يَكُنْ، إلَّا أنْ يَكُونَ طَلَّقَها أو ماتَ عَنْها زَوْجُها في مِصْرٍ، فإنَّها لا تَخْرُجُ حتَّى تَعْتَدَّ، ثمَّ تَخْرُجُ إنْ كان لها مَحْرَمٌ، وقال أبو يوسف ومحمد: إنْ كانَ مَعَها مَحْرَمٌ فلا بأسَ بِأنْ تَخْرُجُ مِنَ المِصْرِ قَبْلَ أنْ تَعْتَدَّ.

(وإنْ كانَتْ مَسِيرَةَ ثَلاثَةِ أَيَّام: إنْ شاءَتْ رَجَعَتْ، وإنْ شاءَتْ مَضَتْ، سواءٌ كانَ مَعَها وَلِيٌّ [مَحرمٍ][1] أو لَمْ يَكُنْ)، معناه: إذا كان إلى المَقصِدِ ثلاثة أيَّام أيضاً؛ لأنَّ المُكثَ في ذلك المكانِ أخوفُ عليها من الخروجِ، إلَّا أنَّ الرُّجوعَ أولى ليكون الاعتدادُ في منزلِ الزَّوجِ.

قال: (إلَّا أنْ يَكُونَ طَلَّقَها أو ماتَ عَنْها زَوْجُها في مِصْرٍ، فإنَّها لا تَخْرُجُ حتَّى تَعْتَدَّ، ثمَّ تَخْرُجُ إنْ كان لها مَحْرَمٌ)، وهذا عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ، (وقال أبو يوسف ومحمد: إنْ كانَ مَعَها مَحْرَمٌ فلا بأسَ بِأنْ تَخْرُجُ مِنَ المِصْرِ قَبْلَ أنْ تَعْتَدَّ).

لهما: أنَّ نفسَ الخروجِ مباحٌ دفعاً لأذى الغُربةِ ووَحشةِ الوحدةِ، وهذا عذرٌ، وإنَّما الحرمةُ للسَّفرِ وقد ارتفعت بالمَحْرَم.

وله: أنَّ العدَّةَ أمنعُ من الخروجِ من عدمِ المَحرَم، فإنَّ لِلمرأة أن تَخرجَ إلى ما دونَ السَّفرِ بِغَيرِ مَحرَم، وليس للمعتدَّةِ ذلك، فلمَّا حَرُم عليها الخروجُ إلى السَّفرِ بغيرِ المَحرَمِ، ففي العِدَّة أولى.

---

[1] زيادة من (ج).

باب ثبوت النَّسب

ومَنْ قال: «إنْ تَزَوَّجْتُ فَلانَةً فَهِي طالقٌ» فَتزَوَّجَها، فَوَلَدَتْ وَلَداً لِسِتَّةِ أشْهُرٍ مِنْ يَومِ زَواجِها، فهو ابْنُهُ وعَلَيهِ المَهْرُ. ويَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِ المُطَلَّقَةِ الرَّجعِيَّةِ إذا جاءَتْ به لِسَنَتَينِ أو أكثَرَ، ما لم تُقِرَّ بِانقِضَاءِ عِدَّتِها، وإنْ جاءَتْ به لأقَلَّ مِنْ سَنَتَينِ بانَتْ مِنْ زَوْجِها بِانقِضَاءِ العِدَّةِ، وثَبَتَ نَسَبُهُ، وإنْ جاءَتْ به لأكْثَرَ مِنْ سَنَتَينِ كانَتْ رَجْعِيَّةً. ....

(باب ثبوت النَّسب)

(ومَنْ قال: «إنْ تَزَوَّجْتُ فَلانَةً فَهِي طالقٌ» فَتزَوَّجَها، فَوَلَدَتْ وَلَداً لِسِتَّةِ أشْهُرٍ مِنْ يَومِ زَواجِها، فهو ابْنُهُ وعَلَيهِ المَهْرُ):

- أمَّا النَّسبُ فلأنَّها فِراشُه؛ لأنَّها لمَّا جاءت بالولدِ لِستَّةِ أشهرٍ مِن وقتِ النِّكاحِ، فقد جاءت به لأقلَّ منها من وقتِ الطَّلاقِ، فكان العُلُوقُ قبلَه في حالةِ النِّكاحِ، والتَّصوُّرُ ثابتٌ بأن تزوَّجها وهو يُخالِطُها، فوافقَ الإنزالُ النِّكاحَ، والنَّسبُ يُحتاط في إثباته.

- وأمَّا المهرُ فلأنَّه لمَّا ثبت النَّسبُ منه جُعل واطئاً حكماً، فتأكَّد المهرُ به.

قال: (ويَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِ المُطَلَّقَةِ الرَّجعِيَّةِ إذا جاءَتْ به لِسَنَتَينِ أو أكثَرَ، ما لم تُقِرَّ بِانقِضَاءِ عِدَّتِها)؛ لاحتمالِ العُلُوق في حالةِ العِدَّة؛ لجوازِ أنَّها تكون ممتدَّةَ الطُّهر.

(وإنْ جاءَتْ به لأقَلَّ مِنْ سَنَتَينِ بانَتْ مِنْ زَوْجِها بِانقِضَاءِ العِدَّةِ وثَبَتَ نَسَبُهُ)؛ لِوُجودِ العُلُوقِ في النِّكاح أو في العِدَّة، فلا يصيرُ مراجِعاً؛ لأنَّه يَحتمِلُ العُلوقَ قبلَ الطَّلاقِ ويَحتمِلُ بعده، فلا يصيرُ مُراجعاً بالشَّكِّ.

(وإنْ جاءَتْ به لأكْثَرَ مِنْ سَنَتَينِ كانَتْ رَجْعِيَّةً)؛ لأنَّ العُلوقَ بعد الطَّلاقِ، والظَّاهرُ أنَّه منه لانتفاءِ الزِّنا منها، فيصيرُ بالوطء مُراجِعاً.

والمَبتُوتَةُ يَثْبُتُ نسَبُ وَلَدِها إذا جاءَتْ بِهِ لأقَلَّ مِنْ سَنَتَيْنِ، وإذا جاءَتْ بِهِ لِتَمامِ سَنَتَينِ مِنْ وَقْتِ الفُرْقَةِ لَمْ يَثْبُتْ إلَّا أنْ يَدَّعِيَهُ، فإنْ كانتِ المَبتُوتَةُ صَغِيرَةً يُجامَعُ مِثْلُها، فَجاءَتْ بِوَلَدٍ لِتِسْعَةِ أَشْهُرٍ، لَمْ يَلْزَمْهُ حَتَّى تَأْتِيَ بِهِ لأقَلَّ مِنْ تِسْعَةِ أشْهُرٍ عند أبي حنيفة ومحمَّد، وقال أبو يوسف: يَثْبُتُ النَّسَبُ منه إلى سَنَتَينِ. ....

(والمَبتُوتَةُ يَثْبُتُ نسَبُ وَلَدِها إذا جاءَتْ بِهِ لأقَلَّ مِنْ سَنَتَيْنِ)؛ لأنَّه يَحتمِلُ أن يكونَ الولدُ قائماً وقتَ الطَّلاق، فلا يُتيَقَّن زوالُ الفراش قبلَ العُلُوق، فيَثبُت النَّسبُ احتياطاً.

(وإذا جاءَتْ بِهِ لِتَمامِ سَنَتَينِ مِنْ وَقْتِ الفُرْقَةِ لَمْ يَثْبُتْ)؛ لأنَّ الحملَ حادثٌ بعد الطَّلاق، فلا يكونُ منه؛ لأنَّ وَطْأها حرامٌ، (إلَّا أنْ يَدَّعِيَهُ)؛ لأنَّه التزمَهُ ولَهُ وجهٌ بأنْ وَطِئها بِشُبهةٍ في العِدَّة.

(فإنْ كانتِ المَبتُوتَةُ صَغِيرَةً يُجامَعُ مِثْلُها، فَجاءَتْ بِوَلَدٍ لِتِسْعَةِ أَشْهُرٍ، لَمْ يَلْزَمْهُ حَتَّى تَأْتِيَ بِهِ لأقَلَّ مِنْ تِسْعَةِ أشْهُرٍ عند أبي حنيفة ومحمَّد، وقال أبو يوسف: يَثْبُتُ النَّسَبُ منه إلى سَنَتَينِ)؛ لأنَّها معتدَّةٌ يَحتمِلُ أن تكونَ حاملاً، ولم تُقِرَّ بانقضاءِ العدَّةِ، فأشبَهتِ الكبيرةَ.

ولهما: أنَّ لانقضاءِ عِدَّتها جهةٌ مُتعيِّنةٌ، وهو الأشهُرُ، فَبِمُضيِّها يَحكُمُ الشَّرعُ بالانقضاءِ، وهو في الدِّلالةِ فوق إقرارِها؛ لأنَّه لا يَحتمِلُ الخِلافَ، والإقرارُ يَحتمِله.

وإن كانت مطلَّقةً طلاقاً رجعيًّاً فكذلك الجوابُ عندهما، وعنده: يثبُتُ إلى سبعةٍ وعشرين شهراً؛ لأنَّه يُجعَلُ واطئاً في آخرِ العِدَّةِ، وهي الثَّلاثةُ الأشهرُ، ثمَّ تأتي به لأكثَرِ مدَّةِ الحملِ، وهو سَنَتان.

وإنْ كانت الصَّغيرةُ ادَّعتِ الحبَلَ في العِدَّةِ، فالجوابُ فيها وفي الكبيرةِ سواءٌ؛ لأنَّ بإقرارِها يُحكَم بِبُلوغِها.

وَيَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِ المُتَوَفَّى عَنْها زَوْجُها ما بَيْنَ الوَفاةِ وبَيْنَ السَّنَتَينِ. وإذا اعتَرَفَتِ المُعْتَدَّةُ بِانقِضاءِ عِدَّتِها، ثُمَّ جاءَتْ بِالوَلَدِ لأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أشهُرٍ، يَثْبُتُ نَسَبُهُ، وإنْ جاءَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أشهُرٍ لَمْ يَثْبُتْ. وإذا وَلَدَتِ المُعْتَدَّةُ وَلَداً لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ عند أبي حنيفة إلَّا أنْ يَشْهَدَ بِوِلادَتِها رَجُلانِ أو رجلٌ وامرأتان، إلَّا أنْ يَكُونَ هُناكَ حَبَلٌ ظاهِرٌ، أو اعتِرافٌ مِنْ قِبَلِ الزَّوجِ، فَيَثْبُتُ النَّسَبُ مِنْ غيرِ شَهادَةٍ،

(وَيَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِ المُتَوَفَّى عَنْها زَوْجُها ما بَيْنَ الوَفاةِ وبَيْنَ السَّنَتَينِ)، وقال زفر رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا جاءت به بعد انقضاءِ عدَّةِ الوفاةِ لستَّةِ أشهر لا يثبُتُ النَّسبُ؛ لأنَّ الشَّرعَ حَكَم بانقضاءِ عدَّتها بالشُّهور؛ لِتَعيُّنِ الجهةِ[1]، فصار كما إذا أقرَّت بالانقضاءِ كما بيَّنَّا في الصَّغيرة[2]، إلَّا أنَّا نقول: لانقضاءِ عدَّتها جهةٌ أخرى، وهو وضعُ الحملِ، بخلاف الصَّغيرةِ؛ لأنَّ الأصلَ فيها عدمُ الحملِ؛ لأنَّها ليست بمحلٍّ قبلَ البلوغِ، وفيه شكٌّ.

(وإذا اعتَرَفَتِ المُعْتَدَّةُ بِانقِضاءِ عِدَّتِها، ثُمَّ جاءَتْ بِالوَلَدِ لأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أشهُرٍ، يَثْبُتُ نَسَبُهُ)؛ لأنَّه ظهَرَ كَذِبُها بيقينٍ، فبَطَل الإقرارُ.

(وإنْ جاءَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أشهُرٍ لَمْ يَثْبُتْ)؛ لأنَّا لم نعلم بِبُطلانِ الإقرار؛ لاحتمالِ الحدوثِ بعده، وهذا اللَّفظُ[3] بإطلاقِهِ يَتناولُ كلَّ معتدَّة.

(وإذا وَلَدَتِ المُعْتَدَّةُ وَلَداً):

- **(لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ عند أبي حنيفة إلَّا أنْ يَشْهَدَ بِوِلادَتِها رَجُلانِ أو رجلٌ وامرأتان، إلَّا أنْ يَكُونَ هُناكَ حَبَلٌ ظاهِرٌ، أو اعتِرافٌ مِنْ قِبَلِ الزَّوجِ، فَيَثْبُتُ النَّسَبُ مِنْ غيرِ شَهادَةٍ)**.

---

(١) أي: لِتعيُّن جهةِ انقضاء العدَّة، وهي انقضاءُ أربعةِ أشهر وعشر، فإذا لم تُقِرَّ قبلها بالحبل فقد حكم الشَّرع بانقضاء العدَّة بها، فإذا جاءت بالولد بعدها لتمام ستَّة أشهر أو أكثر لا يثبت نسبه.

(٢) أي: في قوله: «ولهما أن لانقضاء عدَّتها جهة متعيِّنة ...».

(٣) أراد به قوله: «وإذا اعترفت المعتدَّة».

وقال أبو يوسف ومحمد: يَثْبُتُ في الجَميعِ بِشَهادَةِ امرأةٍ واحِدَةٍ، فإنْ كانَتْ مُعتَدَّةً عَنْ وفاةٍ فَصَدَّقَها الوَرَثَةُ في الوِلادَةِ، ولم يَشْهَدْ على الوِلادَةِ أحَدٌ، فهو ابنُهُ في قَولِهِم جَمِيعاً. وإذا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ امرأةً فَجاءَتْ بِوَلَدٍ لأقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أشْهُرٍ مُنْذُ يوم تَزَوَّجَها، لم يَثْبُتْ نَسَبُهُ، وإنْ جاءَتْ به لِسِتَّةِ أشْهُرٍ فَصاعِداً، يَثْبُتُ نَسَبُهُ، اعتَرَفَ بِهِ الزَّوجُ أو سَكَتَ، ....

- **(وقال أبو يوسف ومحمد: يَثْبُتُ في الجَميعِ بِشَهادَةِ امرأةٍ واحِدَةٍ)**؛ لأنَّ الفراشَ قائمٌ بقيامِ العِدَّةِ، وهو مُلزِمٌ للنَّسبِ، والحاجةُ إلى تَعيينِ الولدِ أنَّه منها، فَيَتعيَّنُ بشهادَتِها كما في حالِ قيامِ النِّكاح.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ: أنَّ العدَّةَ تنقضي بإقرارها بِوَضْعِ الحملِ، والمُنقضي ليس بحجَّةٍ، فمَسَّتِ الحاجةُ إلى إثباتِ النَّسَبِ ابتداءً، فَيُشترطُ كمالُ الحاجةِ، بخلافِ ما إذا كان ظَهَرَ الحَبَلُ، أو صَدَرَ الاعترافُ من الزَّوجِ؛ لأنَّ النَّسبَ ثابتٌ قبل الولادةِ، والتَّعيُّنُ يَثبُتُ بشهادَتِها.

(فإنْ كانَتْ مُعتَدَّةً عَنْ وفاةٍ فَصَدَّقَها الوَرَثَةُ في الوِلادَةِ، ولم يَشْهَدْ على الوِلادَةِ أحَدٌ، فهو ابنُهُ في قَولِهِم جَمِيعاً)، وهذا في حقِّ الإرثِ ظاهرٌ؛ لأنَّه خالِصُ حقِّهم، فَيُقبلُ فيه تصديقُهُم.

أمَّا في حقِّ النَّسبِ هل يثبُتُ في حقِّ غيرهم؟ قالوا: إذا كانوا من أهل الشَّهادةِ يَثبُتُ لقيامِ الحُجَّةِ، ولهذا قيل: تُشترطُ لفظةُ الشَّهادةِ، وقيل: لا تُشترط؛ لأنَّ الثُّبوتَ في حقِّ غيرِهم تبَعٌ للثُّبوتِ في حقِّهم بإقرارِهم، وما ثَبَت تبعاً لا يُراعَى فيه الشَّرائط.

(وإذا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ امرأةً فَجاءَتْ بِوَلَدٍ لأقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أشْهُرٍ مُنْذُ يومِ تَزَوَّجَها، لم يَثْبُتْ نَسَبُهُ)؛ لأنَّ العُلُوقَ سابقٌ على النِّكاحِ، فلا يكونُ منه.

(وإنْ جاءَتْ به لِسِتَّةِ أشْهُرٍ فَصاعِداً، يَثْبُتُ نَسَبُهُ، اعتَرَفَ بِهِ الزَّوجُ أو سَكَتَ)؛ لأنَّ الفراشَ قائمٌ والمُدَّةَ تامَّةٌ، ....

فإنْ جَحَدَ الوِلادَةَ يَثْبُتُ بِشَهادَةِ امْرأةٍ واحِدَةٍ تَشْهَدُ بِالولادَةِ، حتَّى لو نَفاهُ الزَّوجُ يُلاعَنُ. فإنْ وَلَدَتْ ثُمَّ اختَلَفا، فقال الزَّوجُ: «تَزَوَّجتُكِ مُنذُ أربَعَة أشهر»، وقالت هي: «منذُ سِتَّةِ أشهرٍ»، فالقَولُ قَولُها، وهو ابنُهُ. وإنْ قال لامرأتِهِ: «إذا وَلَدتِ فأنتِ طالِقٌ»، فَشَهِدَتْ امرأةٌ على الوِلادَةِ، لَمْ تَطْلُقْ عندَ أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: تَطْلُقُ، ....

(فإنْ جَحَدَ الوِلادَةَ يَثْبُتُ بِشَهادَةِ امْرأةٍ واحِدَةٍ تَشْهَدُ بِالولادَةِ، حتَّى لو نَفاهُ الزَّوجُ يُلاعَنُ)؛ لأنَّ النَّسبَ يَثبُتُ بالفراشِ القائمِ، واللِّعانُ إنَّما يجبُ بالقَذفِ، وليس من ضرورتِهِ وجودُ الولدِ، فإنَّه يصحُّ بدونه.

(فإنْ وَلَدَتْ ثُمَّ اختَلَفا، فقال الزَّوجُ: «تَزَوَّجتُكِ مُنذُ أربَعَة [أشهر][1]»، وقالت هي: «منذُ سِتَّةِ أشهرٍ»، فالقَولُ قَولُها، وهو ابنُهُ)؛ لأنَّ الظَّاهرَ شاهدٌ لها، فإنَّها تَلِدُ ظاهراً من نكاحٍ لا من سِفاحٍ. ولم يذكرِ الاستحلافَ، وهو على الاختلاف[2].

(وإنْ قال لامرأتِهِ: «إذا وَلَدتِ فأنتِ طالِقٌ»، فَشَهِدَتْ امرأةٌ على الوِلادَةِ، لَمْ تَطْلُقْ عندَ أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: تَطْلُقُ)؛ لأنَّ شهادَتَها حجَّةٌ في ذلك، قال ﷺ: «شهادةُ النِّساءِ جائزةٌ فيما لا يَستطيعُ الرِّجالُ النَّظرَ إليه[3]»، ولأنَّها لمَّا قُبِلت في الولادةِ تُقبل فيما يُبتَنَى عليها، وهو الطَّلاقُ.

---

(١) زيادة من (ج) و (د).

(٢) أي: لم يذكر محمد الاستحلاف، فَتُستحلَف عندهما خلافاً لأبي حنيفة. فتح القدير.

(٣) قال الزيلعي (٣/ ٢٦٤):

غريب، وروى ابن أبي شيبة في مصنفه في البيوع عن الزُّهريِّ، قال: مَضَتِ السُّنَّةُ أن تَجوزَ شهادةُ النِّساءِ فيما لا يَطَّلِعُ عليه غيرُهُنَّ من وِلاداتِ النِّساءِ وعُيوبِهِنَّ، ويَجوزُ شهادةُ القابلةِ وَحْدَها في الاستهلالِ، وامرأتانِ فيما سوى ذلك»، ورواه عبدُ الرزاق في مصنفه عن الزهري، فذكره.

وإنْ كانَ الزَّوجُ قَدْ أقَرَّ بالحَبَلِ طَلُقَتْ مِنْ غَيرِ شَهادةٍ عندَ أبي حنيفة، وعندهما: تُشْتَرَطُ شَهادَةُ القابِلَةِ. وأكثَرُ مُدَّةِ الحَمْلِ سَنَتَانِ وأقلُّه سِتَّةُ أشهُرٍ. ....

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ: أنَّها ادَّعت الحِنْثَ، فلا يثبُتُ إلَّا بحُجَّة تامَّة، وهذا لأنَّ شهادتَهُنَّ ضروريَّةٌ في حقِّ الولادةِ، فلا تظهَرُ في حقِّ الطَّلاقِ؛ لأنَّه ينفكُّ عنها.

(وإنْ كانَ الزَّوجُ قَدْ أقَرَّ بالحَبَلِ، طَلُقَتْ مِنْ غَيرِ شَهادةٍ عندَ أبي حنيفة، وعندهما: تُشْتَرَطُ شَهادَةُ القابِلَةِ)؛ لأنَّه لا بدَّ من حُجَّةٍ لدعواها الحِنْثَ، وشهادَتُها حجَّةٌ فيه على ما بيَّنَّا.

وله: أنَّ الإقرارَ بالحَبَل إقرارٌ بما يُفضي إليه، وهو الولادةُ، ولأنَّه أقرَّ بكونها مُؤتَمَنَةً فيُقبَل قولُها في ردِّ الأمانةِ.

قال: (وأكثَرُ مُدَّةِ الحَمْلِ سَنَتَانِ)؛ لقول عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا: «الولدُ لا يبقى في البطنِ أكثَرَ من سنتين، ولو بظِلِّ مِغزَل[1]».

(وأقلُّه سِتَّةُ أشهُرٍ)؛ لقوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَـٰلُهُۥ ثَلَـٰثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥]، ثمَّ قال: ﴿وَفِصَـٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ﴾ [لقمان: ١٤]، فبقي للحَمْل ستَّةُ أشهر.

والشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ يُقدِّر الأكثَرَ بأربَعِ سنين، والحُجَّةُ عليه ما رويناه، والظَّاهرُ أنَّها قالته سماعاً؛ إذِ العقلُ لا يَهتدي إليه.

---

(١) قال الزيلعي (٣/ ٢٦٥): أخرجه الدارقطني، ثمَّ البيهقي في سُنَنيهما عن عائشة، قالت: «ما تَزِيدُ المرأةُ في الحَملِ على سنتين، قَدْرَ ما يَتحوَّلُ ظِلُّ عمودِ المِغزَلِ».
وفي لفظ قالت: «لا يكونُ الحَملُ أكثَرَ من سنتين» الحديث.
وأخرج الدارقطني أيضاً، ومن جهته البيهقي عن الوليد بن مسلم قال: قلت لمالكِ بنِ أنس: إنِّي حُدِّثتُ عن عائشة أنَّها قالت: «لا تزيدُ المرأةُ في حَملِها على سنتين قَدْرَ ظِلِّ المِغزَلِ»، فقال: سبحان الله! مَن يقولُ هذا؟ هذه جارتنا امرأةُ محمد بن عجلان امرأةُ صِدْقٍ، وزوجُها رجلُ صِدْقٍ، حمَلَت ثلاثةَ أبطُنٍ في اثني عشرة سنة، كلُّ بطنٍ في أربع سنين.
قال البيهقي: وقولُ عمر: «إنَّ امرأةَ المفقودِ تتربَّص أربع سنين» يُشبِهُ أن يكونَ إنَّما قاله لِبَقاءِ الحملِ أربع سنين.

وَمَنْ تَزَوَّجَ أَمَةً فَطَلَّقَها ثُمَّ اشْتَراها، فإنْ جاءَتْ بِوَلَدٍ لأقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أشهُرٍ مُنذُ يَوم اشْتَراها لَزِمَهُ، وإلَّا لَمْ يَلْزَمْهُ. وَمَنْ قال لأمَتِهِ: «إنْ كانَ في بَطْنِكِ وَلَدٌ فَهُو مِنِّي»، فَشَهِدَتْ على الوِلادَةِ امرأةٌ، فَهِي أمُّ وَلَدِهِ. ....

(وَمَنْ تَزَوَّجَ أَمَةً فَطَلَّقَها ثُمَّ اشْتَراها، فإنْ جاءَتْ بِوَلَدٍ لأقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أشهُرٍ مُنذُ يَوم اشْتَراها لَزِمَهُ، وإلَّا لَمْ يَلْزَمْهُ)؛ لأنَّه في الوجهِ الأوَّل[1] ولدُ المعتدَّةِ؛ فإنَّ العُلُوقَ سابقٌ على الشِّراءِ، وفي الوجه الثَّاني[2] وَلَدُ المملوكةِ؛ لأنَّه يُضافُ الحادثُ إلى أقربِ وقتِهِ، فلا بدَّ من دعوة[3].

وهذا[4] إذا كان الطَّلاقُ واحداً بائناً، أو خُلعاً، أو رجعيّاً. أمَّا إذا كان اثنتين يَثبُتُ النَّسبُ إلى سنتين من وقتِ الطَّلاقِ؛ لأنَّها حَرُمت عليه حُرمةً غليظةً، فلا يُضافُ العُلُوقُ إلَّا إلى ما قبله؛ لأنَّها لا تحلُّ بالشِّراء[5].

(وَمَنْ قال لأمَتِهِ: «إنْ كانَ في بَطْنِكِ وَلَدٌ فَهُو مِنِّي»، فَشَهِدَتْ على الوِلادَةِ امرأةٌ، فَهِي أمُّ وَلَدِهِ)؛ لأنَّ الحاجةَ إلى تَعيينِ الولدِ، ويَثبُتُ ذلك بشهادةِ القابلةِ بالإجماع.

---

(١) يعني: إذا جاءت به لأقلَّ من ستة أشهر.

(٢) يعني: ما إذا جاءت به لستَّة أشهر أو أكثر من وقت الشِّراء.

(٣) يعني: لا يثبت النَّسب إلا أن يدَّعيه.

(٤) أي: الحكمُ الذي ذكرناه.

(٥) لأنَّ الأمة تَحرُم حرمةً غليظةً بتطليقتين، فلا تحلُّ له بملك اليمين، وإذا لم تحلَّ لا يُقضى بالعلوق من أقرب الأوقات بل من أبعدها حملاً لأمور المسلمين على الصَّلاح، وأبعدُ الأزمان هو ما قبل الطلاق، فيلزمُهُ الولدُ إذا جاءت به لأقلَّ من سنتين من وقت الطلاق، وأمَّا إذا كان الطَّلاقُ واحداً فيحلُّ له وطؤها بملك اليمين، فيضاف الولدُ إلى أقرب الأوقات، فحينئذ كان ولدَ الأمةِ، فلا يثبت نسبه بغير دعوة. عناية.

وَمَنْ قال لِغُلامٍ: «هو ابني» ثمَّ ماتَ، فَجاءَتْ أمُّ الغُلامِ وقالت: «أنا امرأتُهُ»، فَهِي امرأتُهُ وهو ابنُهُ يَرِثانِهِ، ولو لَمْ يُعْلَمْ بأنَّها حرَّةٌ فقالت الوَرَثَةُ: «أنتِ أمُّ ولَدٍ له»، فلا ميراثَ لها.

(وَمَنْ قال لِغُلامٍ: «هو ابني» ثمَّ ماتَ، فَجاءَتْ أمُّ الغُلامِ وقالت: «أنا امرأتُهُ»، فَهِي امرأتُهُ وهو ابنُهُ يَرِثانِهِ)، وفي النَّوادر جَعَلَ هذا جوابَ الاستحسان، والقياسُ أنْ لا يكون لها الميراثُ؛ لأنَّ النَّسبَ كما يَثبتُ بالنِّكاح الصَّحيحِ يثبُتُ بالنِّكاحِ الفاسدِ وبالوطءِ عن شبهةٍ وبِملكِ اليمينِ، فلم يكنْ قولُهُ إقراراً بالنِّكاح.

وجهُ الاستحسان: أنَّ المسألةَ فيما إذا كانت معروفةً بالحرِّيَّةِ، وبِكَونها أمَّ الغلامِ، والنِّكاحُ الصَّحيحُ هو المتعيِّنُ لذلك وضعاً وعادةً.

(ولو لَمْ يُعْلَمْ بأنَّها حرَّةٌ، فقالت الوَرَثَةُ: «أنتِ أمُّ ولَدٍ [له][1]»، فلا ميراثَ لها)؛ لأنَّ ظُهورَ الحرِّيَّةِ باعتبارِ الدَّارِ حجَّةٌ في دَفعِ الرِّقِّ، لا في استحقاقِ الميراثِ، والله أعلم.

---

(١) زيادة من (ج) و (د).

باب الولدُ مَن أحقُّ به

وإذا وَقَعَتِ الفُرْقَةُ بينَ الزَّوجَينِ، فَالأمُّ أَحَقُّ بِالوَلَدِ، والنَّفقةُ على الأبِ، ولا تُجْبَرُ الأمُّ عليه. فإنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ أمٌّ فَأُمُّ الأمِّ أولى مِنْ أمِّ الأبِ وإنْ بَعُدَتْ، ....

(باب الولدُ مَن أحقُّ به)

(وإذا وَقَعَتِ الفُرْقَةُ بينَ الزَّوجَينِ، فَالأمُّ أحَقُّ بِالوَلَدِ)؛ لِما رُوِي أنَّ امرأةً قالت: يا رسولَ الله إنَّ ابني هذا كان بطني له وعاءً، وحِجْري له حواءً، وثَديي له سِقاءً، وزَعَم أبوه أنَّه يَنزِعُه منِّي، فقال ﷺ: «أنتِ أحقُّ به ما لم تتزوَّجي[1]»، ولأنَّ الأمَّ أشفقُ وأقدرُ على الحَضانةِ، فكان الدَّفعُ إليها أنظرَ [له][2]، وإليه أشارَ الصِّدِّيقُ رضي الله عنه بقوله: «رِيقُها خيرٌ له من شَهْدٍ وعَسلٍ عندك يا عمر[3]»، قاله حين وقعتِ الفُرقةُ بينه وبين امرأتِهِ، والصَّحابةُ حاضرون مُتوافِرون.

(والنَّفقةُ على الأبِ) على ما نذكر، (ولا تُجْبَرُ الأمُّ عليه)؛ لأنَّها عَسَت تَعجَزُ عن الحَضانةِ، (فإنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ أمٌّ فَأُمُّ الأمِّ أولى مِنْ أمِّ الأبِ وإنْ بَعُدَتْ)؛ لأنَّ هذه الولايةَ تُستفادُ من قِبَلِ الأمَّهاتِ، ....

---

(١) أخرجه الحاكم (٢/ ٢٢٥) (٢٨٣٠)، وأبو داود في الطلاق، باب: من أحق بالولد (٢٢٧٦) عن عبد الله بن عمرو أنَّ امرأةً قالت: يا رسولَ اللهِ إنَّ ابني هذا كان بطني له وِعاءً، وثديي له سِقاءً، وحِجري له حِواءً، وإنَّ أباه طَلَّقني وأرادَ أن يَنتزِعَهُ منِّي، فقال لها رسولُ الله ﷺ: «أنتِ أحقُّ به ما لم تُنكحي».

(٢) زيادة من (ج).

(٣) قال الزيلعي (٣/ ٢٦٦): غريب بهذا اللفظ. وأخرج ابن أبي شيبة في الطلاق، باب: ما قالوا في الرجل يطلق امرأته ولها ولد صغير (١٩١٢٣) عن سعيد بن المسيِّب أنَّ عمرَ بن الخطاب طَلَّق أمَّ عاصمٍ، ثمَّ أتاها عليها، وفي حِجرِها عاصمٌ، فأراد أن يأخُذَه منها فتجاذَباه بينهما حتَّى بكى الغلامُ، فانطلقا إلى أبي بكر، فقال له أبو بكر: يا عمرُ، مَسْحُها وحِجرُها وريحُها خيرٌ له مِنكَ، حتَّى يَشِبَّ الصَّبيُّ فَيختار».

فإنْ لَمْ تكُنْ أمُّ الأمِّ فَأمُّ الأبِ أولى مِنَ الأخَواتِ، فإنْ لَمْ تكُنْ لَهُ جَدَّةٌ، فَالأخَواتُ أَوْلَى مِنَ العَمَّاتِ والخالاتِ، وتُقَدَّمُ الأختُ لأبٍ وأمٍّ ثُمَّ الأُختُ مِنَ الأمِّ، ثُمَّ الأُختُ مِنَ الأبِ، ثمَّ الخالاتُ أولى مِنَ العَمَّاتِ، ويَنْزِلْنَ كما نَزَلْنَ الأخواتُ، ثمَّ العَمَّاتُ يَنْزِلْنَ كذلك، وكُلُّ مَنْ تَزَوَّجَتْ مِنْ هَؤلاءِ يَسْقُطُ حَقُّها

(فإنْ لَمْ تكُنْ أمُّ الأمِّ فَأمُّ الأبِ أولى مِنَ الأخَواتِ)؛ لأنَّها من الأمَّهاتِ، ولهذا تُحرِز ميراثَهُنَّ[1] السُّدُسَ، ولأنَّها أوفرُ شَفَقةً لِلولاد.

(فإنْ لَمْ تكُنْ لَهُ جَدَّةٌ، فَالأخَواتُ أَوْلَى مِنَ العَمَّاتِ والخالاتِ)؛ لأنَّهنَّ بناتُ الأبوين، ولهذا قُدِّمن في الميراث، وفي رواية: الخالةُ أولى من الأختِ لأبٍ؛ لقوله ﷺ: «الخالةُ والدةٌ[2]»، وقيل في قوله تعالى: ﴿وَرَفَعَ أَبَوَيْهِ عَلَى ٱلْعَرْشِ﴾ [يُوسُف: ١٠٠]: إنَّها كانت خالتَهُ.

(وتُقَدَّمُ الأختُ لأبٍ وأمٍّ)؛ لأنَّها أشفَقُ، (ثُمَّ الأُختُ مِنَ الأمِّ، ثُمَّ الأُختُ مِنَ الأبِ)؛ لأنَّ الحَقَّ لهنَّ مِن قِبَلِ الأمِّ.

(ثمَّ الخالاتُ أولى مِنَ العَمَّاتِ) تَرجيحاً لِقَرابة الأمِّ، (ويَنْزِلْنَ كما نَزَلْنَ الأخواتُ) معناه: ترجيحُ ذواتِ قَرابَتَين، ثمَّ قرابةِ الأمِّ، (ثمَّ العَمَّاتُ يَنْزِلْنَ كذلك).

(وكُلُّ مَنْ تَزَوَّجَتْ مِنْ هَؤلاءِ يَسْقُطُ حَقُّها)؛ لِما رُوِّينا[3]، ولأنَّ زوجَ الأمِّ إذا كان

---

(١) أي: تحرز ميراث الأمَّهات.

(٢) أخرج الحاكم (٣/ ١٣٠) (٤٦١٤)، وأبو داود في الطلاق، باب: من أحق بالولد (٢٢٧٨) عن علي رضي الله عنه قال: خَرَج زيدُ بنُ حارثةَ إلى مكَّةَ، فقَدِمَ بابنةِ حَمزةَ فقال جعفرُ: أنا آخُذُها، أنا أَحَقُّ بها، ابنةُ عمِّي وعندي خالتُها وإنَّما الخالةُ أمٌّ، فقال عليٌّ: أنا أحقُّ بها، ابنةُ عمِّي وعندي ابنةُ رسولِ الله ﷺ، وهي أحقُّ بها، فقال زيدٌ: أنا أحقُّ بها، أنا خرجتُ إليها وسافرتُ وقَدِمتُ بها، فخرج النَّبيُّ ﷺ فذَكَر حديثاً قال: «وأمَّا الجاريةُ فَأقضي بها لِجَعفَرَ تكونُ مع خالَتِها وإنَّما الخالةُ أمٌّ». واللَّفظُ لأبي داود وأخرجه البخاري في الصلح، باب: كيف يكتب هذا ما صالح فلان بن فلان وفلان بن فلان (٢٥٥٢) عن البراء ضمن حديث طويل، وبلفظ «الخالة بمنزلة الأم».

(٣) الحديث المتقدم قبل أسطر ...

إِلَّا الجَدَّةَ إذا كان زَوْجُها الجَدَّ، وكَذَلِكَ كُلُّ زَوجٍ هو ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه. ومَنْ سَقَطَ حَقُّها بِالتَّزَوُّجِ يَعُودُ إذا ارْتَفَعَتِ الزَّوجِيَّةُ. فإنْ لَمْ تَكُنْ لِلصَّبِيِّ امرأةٌ مِنْ أهلِهِ، فَاخْتَصَمَ فيه الرِّجالُ، فَأولاهُمْ أقْرَبُهُمْ تَعْصِيباً. والأُمُّ والجَدَّةُ أحَقُّ بالغُلامِ حتَّى يَأكُلَ وَحْدَهُ وَيَشْرَبَ وَحْدَهُ ويَلْبَسَ وَحْدَهُ ويَسْتَنْجِيَ وَحْدَهُ. وفي الجامعِ الصَّغيرِ: حتَّى يَسْتَغنِيَ فَيأكُلَ وَحْدَهُ ويَشْرَبَ وَحْدَهُ ويَلْبَسَ وَحْدَهُ، والأُمُّ والجَدَّةُ أحَقُّ بالجارِيَةِ حَتَّى تَحيضَ، ....

أجنبيّاً يعطيه نَزْراً ويَنظُر إليه شَزَراً، فلا نَظَرَ، قال: **(إِلَّا الجَدَّةَ إذا كان زَوْجُها الجَدَّ)**؛ لأنَّه قام مَقامَ أبيه، فَيَنظُرُ له، **(وكَذَلِكَ كُلُّ زَوجٍ هو ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه)**؛ لقيامِ الشَّفَقة نظراً إلى القرابة القريبة.

(ومَنْ سَقَطَ حقُّها بِالتَّزَوُّجِ يَعُودُ إذا ارْتَفَعَتِ الزَّوجِيَّةُ)؛ لأنَّ المانعَ قد زال.

(فإنْ لَمْ تَكُنْ لِلصَّبِيِّ امرأةٌ مِنْ أهلِهِ، فَاخْتَصَمَ فيه الرِّجالُ، فَأولاهُمْ أقْرَبُهُمْ تَعْصِيباً)؛ لأنَّ الولايةَ للأقرب، وقد عُرِف التَّرتيبُ في موضِعِه، غيرَ أنَّ الصَّغيرةَ لا تُدفَع إلى عصبةٍ غيرِ مَحْرَم، كمولى العَتاقةِ وابنِ العمِّ تَحرُّزاً عن الفتنة.

(والأُمُّ والجَدَّةُ أحَقُّ بالغُلامِ حتَّى يَأكُلَ وَحْدَهُ وَيَشْرَبَ وَحْدَهُ ويَلْبَسَ وَحْدَهُ ويَسْتَنْجِيَ وَحْدَهُ. وفي الجامعِ الصَّغيرِ: حتَّى يَسْتَغنِيَ فَيأكُلَ وَحْدَهُ ويَشْرَبَ وَحْدَهُ ويَلْبَسَ وَحْدَهُ)، والمعنى واحدٌ؛ لأنَّ تمامَ الاستغناءِ بالقدرةِ على الاستنجاءِ.

ووجهُهُ: أنَّه إذا استغنى يحتاجُ إلى التَّأدُّبِ والتَّخلُّقِ بآدابِ الرِّجالِ وأخلاقِهم، والأبُ أقدَرُ على التَّأديبِ والتَّثقيفِ. والخَصَّافُ رَحِمَهُ اللهُ قَدَّرَ الاستغناءَ بِسَبعِ سنين، اعتباراً للغالب.

(والأُمُّ والجَدَّةُ أحقُّ بالجارِيَةِ حَتَّى تَحيضَ)؛ لأنَّ بعدَ الاستغناءِ تحتاجُ إلى معرفةِ آدابِ النِّساءِ، والمرأةُ على ذلك أقدَرُ، وبعدَ البُلوغِ تحتاجُ إلى التَّحصينِ والحِفْظِ والأبُ فيه أقوى وأهدى، وعن محمَّد رَحِمَهُ اللهُ: أنَّها تُدفَعُ إلى الأبِ إذا بلغت حدَّ الشَّهوةِ؛ لِتَحقُّقِ الحاجةِ إلى الصِّيانة.

وَمَنْ سِوَى الأمِّ والجَدَّةِ أحَقُّ بالجارِيَةِ حتَّى تَبْلُغَ حَدّاً تُشْتَهَى، وفي الجامع الصَّغيرِ: حتَّى تَستَغْنِي. والأمَةُ إذا أعْتَقَها مَولاها وأمُّ الوَلَدِ إذا أُعتِقَتْ، كالحُرَّةِ في حَقِّ الوَلَدِ. والذِّمِّيَّةُ أحَقُّ بِوَلَدِها المُسلِمِ ما لَمْ يَعْقِلِ الأدْيانَ، أو يُخَفْ أنْ يَألَفَ الكُفْرَ، ولا خِيارَ لِلغُلامِ والجارِيَةِ.

(ومَنْ سِوَى الأمِّ والجَدَّةِ أحَقُّ بالجارِيَةِ حتَّى تَبْلُغَ حَدّاً تُشْتَهَى. وفي الجامع الصَّغيرِ: حتَّى تَستَغْنِي)؛ لأنَّها لا تَقدِرُ على استخدامِها[1]، ولهذا لا تُؤاجِرُها للخدمةِ فلا يَحصلُ المقصود، بخلافِ الأمِّ والجدَّةِ لِقُدرتِهما عليه شرعاً.

قال: **(والأمَةُ إذا أعْتَقَها مَولاها وأمُّ الوَلَدِ إذا أُعتِقَتْ، كالحُرَّةِ في حَقِّ الوَلَدِ)**؛ لأنَّهما حُرَّتان أوانَ ثُبوتِ الحَقِّ، **(وليسَ لهما قبْلَ العِتْقِ حَقٌّ في الوَلَدِ)**؛ لِعَجْزهما عن الحَضانةِ بالاشتغال بِخِدمة المولى.

(والذِّمِّيَّةُ أحَقُّ بِوَلَدِها المُسلِمِ ما لَمْ يَعْقِلِ الأدْيانَ، أو يُخَفْ أنْ يَألَفَ الكُفْرَ) لِلنَّظر قبل ذلك، واحتمالِ الضَّرَرِ بعده.

(ولا خِيارَ لِلغُلامِ والجارِيَةِ)، وقال الشَّافعيُّ رحمه الله[2]: لهما الخيارُ؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ خيَّرَ[3].

---

(1) أي: لأنَّ من سوى الأمِّ والجدَّة لا تقدر على استخدام الصَّغيرة التي استغنت.

(2) قال النووي في الروضة (٦/ ٥٠٩) الكتب العلمية: إنَّما يُحكَم بأنَّ الأمَّ أحقُّ بالحَضانةِ من الأبِ في حقِّ مَن لا تمييزَ له أصلاً، وهو الصَّغيرُ في أوَّلِ أمرِهِ، والمَجنونُ، فأمَّا إذا صار الصَّغيرُ مميِّزاً فَيُخيَّرُ بين الأبوين إذا افترقا، ويكونُ عند من اختار منهما، وسواءٌ في التَّخيير الابنُ والبنتُ، وسِنُّ التَّمييزِ غالباً سبعُ سنين، أو ثمانٍ تقريباً. وإنَّما يُخيَّرُ بين الأبوين إذا اجتَمَع فيهما شروطُ الحضانة. اهـ باختصار.

(3) أخرج أبو داود في الطلاق، باب: من أحق بالولد (٢٢٧٧)، والنسائي في الصغرى، في الطلاق، باب: إسلام أحد الزوجين وتخيير الولد (٣٤٩٦)، والترمذي - واللفظ له - في الأحكام، باب: ما جاء في تخيير الغلام بين أبويه إذا افترقا (١٣٥٧) عن أبي هريرة: «أنَّ النَّبيَّ ﷺ خَيَّرَ غلاماً بين أبيهِ وأمِّه»، وقال الترمذي: حسن صحيح.

فصل

وإذا أرادتِ المُطَلَّقَةُ أنْ تَخْرُجَ بِوَلَدِها مِنَ المِصْرِ، فَلَيسَ لها ذلِكَ إلَّا أنْ تَخْرُجَ بِهِ إلى وَطَنِها، وقَدْ كانَ الزَّوْجُ تَزَوَّجَها فيه.

ولنا: أنَّه لِقُصور عقلِهِ يَختارُ مَن عِندَه الدَّعَةُ لِتَخليتِهِ بينه وبين اللَّعبِ، فلا يتحقَّقُ النَّظرُ، وقد صحَّ أنَّ الصَّحابةَ رضي الله عنهم لم يُخيِّروا[1].

وأمَّا الحديثُ فقلنا: قد قال ﷺ: «اللَّهمَّ أهدِهِ»[2] فوُفِّق لاختيارِهِ الأنظَرَ بدعائه ﷺ، أو يُحمَلُ على ما إذا كان بالغاً، [أو عرَفَ رسولُ الله ﷺ بالوحي أنَّه يختارُ الصَّوابَ][3].

(فصل)

(**وإذا أرادتِ المُطَلَّقَةُ أنْ تَخْرُجَ بِوَلَدِها مِنَ المِصْرِ، فَلَيسَ لها ذلِكَ**)؛ لِما فيه من الإضرار بالأب، (**إلَّا أنْ تَخْرُجَ بِهِ إلى وَطَنِها وقَدْ كانَ الزَّوْجُ تَزَوَّجَها فيه**)؛ لأنَّه التزم المُقامَ فيه عُرفاً وشرعاً، قال ﷺ: «مَن تأهَّل ببلدةٍ فهو منهم[4]»، ولهذا يصيرُ الحربيُّ به ذِمِّيّاً.

---

(١) تقدَّم حديث عمر لما طلق أم عاصم ...

(٢) أخرج النسائي في الصغرى، في الطلاق، باب: إسلام أحد الزوجين وتخيير الولد (٣٤٩٥)، وأبو داود في الطلاق، باب: إذا أسلم أحد الأبوين مع من يكون الولد (٢٢٤٤) عن رافع بن سنان أنَّه أسلم وأبَتِ امرأتُهُ أن تُسلِمَ، فأتتِ النَّبيَّ ﷺ فقالت: ابنتي، وهي فطيمٌ، أو شبهه، وقال رافعٌ: ابنتي، فقال له النَّبيُّ ﷺ: «اقعُدْ ناحية»، وقال لها: «اقعُدِي ناحيةً»، قال: وأقعَدَ الصَّبيَّةَ بينهما ثمَّ قال: «أُدعواها»، فمالتِ الصَّبيَّةُ إلى أمِّها، فقال النَّبيُّ ﷺ: «اللَّهمَّ اهدِها»، فمالت الصَّبيَّةُ إلى أبيها فأخَذَها.

(٣) زيادة من (ج).

(٤) قال الزيلعي (٣/ ٢٧١): رواه ابن أبي شيبة في مسنده عن عبد الله بن عبد الرحمن بن الحارث بن أبي ذئاب عن أبيه أنَّ عثمان صلَّى بمنى أربعاً، ثمَّ قال: قال رسول الله ﷺ: «مَن تأهَّل في بلدةٍ فهو من أهلها، يصلِّي صلاةَ المقيم»، وإنِّي تأهَّلتُ منذُ قَدِمتُ مكَّة.

وإنْ أرادتِ الخروجَ إلى مِصرٍ غيرِ وطَنِها، وقد كان التَّزوُّجُ فيه، أشار في الكتاب إلى أنَّه ليس لها ذلك، وهذه روايةُ كتابِ الطَّلاق، وقد ذكر في الجامع الصَّغير أنَّ لها ذلك؛ لأنَّ العقدَ متى وُجِد في مكانٍ يُوجِبُ أحكامَهُ فيه كما يُوجِب البيعُ التَّسليمَ في مكانه، ومِنْ جملةِ ذلك حَقُّ إمساكِ الأولادِ.

وجهُ الأوَّل: أنَّ التَّزوُّجَ في دارِ الغُربةِ ليس التزاماً للمُكثِ فيه عرفاً، وهذا أصحُّ.

والحاصل: أنَّه لا بدَّ مِنَ الأمرين جميعاً، الوطنُ ووجودُ النِّكاح، وهذا كلُّه إذا كان بين المِصرَين تَفاوُتٌ، أمَّا إذا تقاربا بحيث يُمكِنُ للوالدِ أن يُطالِعَ وَلَدَه ويَبيتَ في بيتِهِ فلا بأس به. وكذا الجوابُ في القريتين.

ولو انتقلت من قريةِ المِصرِ إلى المِصرِ لا بأس به؛ لأنَّ فيه نظراً للصَّغيرِ حيثُ يتخلَّقُ بأخلاق أهلِ المِصرِ، وليس فيه ضررٌ بالأبِ، وفي عكسِهِ ضررٌ بالصَّغير لِتخَلُّقِهِ بأخلاقِ أهلِ السَّوادِ، فليس لها ذلك .

= وрواه أبو يعلى الموصلي في مسنده كذلك، ولفظه: سمعتُ رسولَ الله ﷺ يقول: «إذا تزوَّجَ الرَّجلُ ببلدٍ فهو من أهله»، وإنَّما أتممتُ لأنِّي تزوَّجتُ بها منذ قَدِمتُها.

ورواه أحمد في مسنده، ولفظه: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «مَن تأهَّل في بلدٍ فَليُصلِّ صلاةَ مُقيم». اهـ.

باب النَّفقة

النَّفَقَةُ واجِبَةٌ لِلزَّوجَةِ على زَوْجِها، مَسلِمَةً كانت أو كافِرَةً، إذا سَلَّمَتْ نَفْسَها إلى مَنْزِلِهِ، فَعَلَيهِ نَفَقَتُها وكِسْوَتُها وسُكناها، ويُعتَبَرُ في ذلِكَ حالُهُما جَمِيعاً. ......

(باب النَّفقة)

قال: (النَّفَقَةُ واجِبَةٌ لِلزَّوجَةِ على زَوْجِها، مَسلِمَةً كانت أو كافِرَةً، إذا سَلَّمَتْ نَفْسَها إلى مَنْزِلِهِ، فَعَلَيهِ نَفَقَتُها وكِسْوَتُها وسُكناها)، والأصلُ في ذلك قولُه تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [الطَّلَاق: ٧]، وقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٣]، وقولُه ﷺ في حديث حجَّة الوداعِ: «ولهنَّ عليكم رِزقُهُنَّ وكِسوتُهُنَّ بالمعروف[١]»، ولأنَّ النَّفقةَ جزاءُ الاحتباسِ، وكلُّ مَن كان مَحبوساً بحقٍّ مقصودٍ لغيرِهِ كانت نفقَتُهُ عليه، أصلُه القاضي والعاملُ في الصَّدقات[٢]، وهذه الدَّلائل[٣] لا فَصْلَ فيها، فتستوي فيها المُسلمةُ والكافرةُ.

(ويُعتَبَرُ في ذلِكَ حالُهُما جَمِيعاً)، قال العبد الضَّعيف: وهذا اختيارُ الخَصَّاف، وعليه الفتوى. وتفسيرُهُ: أنَّهما إذا كان مُوسِرَين تجبُ نفقةُ اليَسار، وإن كانا مُعسِرَين فنفقَةُ الإعسارِ، وإن كانت معسِرةً والزَّوجُ موسراً فنفقتُها دونَ نفقةِ المُوسِراتِ وفوقَ نفقةِ المُعسِراتِ. وقال الكرخيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُعتَبَر حالُ الزَّوجِ، وهو قولُ الشَّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٤] لقوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [الطَّلَاق: ٧].

وجهُ الأوَّل: قولُه ﷺ لهند امرأةِ أبي سفيان: «خُذِي مِنْ مال زَوجِكِ ما يكفيكِ ووَلَدَك بالمعروف[٥]» اعتُبِر حالُها، وهو الفِقهُ، فإنَّ النَّفقةَ تجبُ بطريق الكفايةِ،

---

(١) تقدَّم في حديث جابر الطويل في الحج ...

(٢) وجهه: أنَّهما حَبَسا أنفسهما في مصالح المسلين فيجب كفايتهما.

(٣) يعني: التي ذكرها من الكتاب والسنَّة.

(٤) انظر تفصيل المسألة مغني المحتاج (٣/ ٥٤٣) وما بعدها، ط دار الفكر.

(٥) أخرجه الجماعة إلا الترمذي، وهو عند البخاري في النفقات، باب: إذا لم ينفق الرَّجلُ فللمراة =

وإنِ امتَنَعَتْ مِنْ تَسليمِ نَفْسِها حتَّى يُعطِيَها مَهْرَها، فَلَها النَّفَقَةَ. وإنْ نَشَزَتْ فلا نَفَقَةَ لها حَتَّى تَعُودَ إلى مَنزِلِهِ. وإنْ كانتْ صَغِيرَةً لا يُسْتَمْتَعُ بها فلا نَفَقَةَ لها وإن سُلِّمت إليه، ....

والفقيرةُ لا تَفتقِرُ إلى كفايةِ المُوسِراتِ، فلا معنى للزِّيادةِ.

وأمَّا النَّصُّ فنحنُ نقولُ بِمُوجَبِهِ أنَّه يُخاطَب بِقَدر وُسعِه، والباقي دينٌ في ذمَّته.

ومعنى قوله: «بالمعروف» الوَسَط، وهو الواجب، وبه يتبيَّنُ أنَّه لا معنى للتَّقدير كما ذهب إليه الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ[1] أنَّه على المُوسِر مُدَّانِ، وعلى المُعسِر مُدٌّ، وعلى المُتوسِّط مُدٌّ ونصفُ مُدٍّ؛ لأنَّ ما يُوجِبُ كفايةً لا يَتقدَّر شرعاً في نفسه.

(وإنِ امتَنَعَتْ مِنْ تَسليمِ نَفْسِها حتَّى يُعطِيَها مَهْرَها، فَلَها النَّفَقَةَ)؛ لأنَّه مَنعٌ بحقٍّ، فكان فَوتُ الاحتباسِ بمعنىً مِن قِبَله، فَيُجعَل كلا فائت.

(وإنْ نَشَزَتْ فلا نَفَقَةَ لها حَتَّى تَعُودَ إلى مَنزِلِهِ)؛ لأنَّ فَوْتَ الاحتباسِ منها، وإذا عادت جاء الاحتباسُ، فتجبُ النَّفقةُ، بخلاف ما إذا امتَنَعَت من التَّمكينِ في بيتِ الزَّوجِ؛ لأنَّ الاحتباسَ قائمٌ والزَّوجَ يَقدِرُ على الوطء كُرْها.

(وإنْ كانتْ صَغِيرَةً لا يُسْتَمْتَعُ بها فلا نَفَقَةَ لها [وإن سُلِّمت إليه][2])؛ لأنَّ امتناعَ الاستمتاعِ لِمَعنىً فيها، والاحتباسُ المُوجِبُ ما يكونُ وسيلةً إلى مقصودٍ مُستَحَقٍّ بالنِّكاح، ولم يُوجد، بخلافِ المريضةِ على ما نُبيِّن[3].

= أن تأخذ بغير علمِهِ ما يكفيها وولدها من معروف (٥٠٤٩)، ومسلم في الأقضية، باب: قضية هند (١٧١٤) عن عائشة أنَّ هندَ بنتَ عُتبة قالت: يا رسولَ الله إنَّ أبا سفيانَ رجلٌ شحيحٌ، وليس يُعطيني ما يَكفيني وولدي، إلَّا ما أخذتُ منه وهو لا يَعلَمُ، فقال: «خُذي ما يكفيكِ وولَدَكِ بالمعروف».

(١) انظر تفصيل المسألة مغني المحتاج (٣/ ٥٤٣) وما بعدها، ط دار الفكر.

(٢) زيادة من (ج).

(٣) أي: قريبا، يعني: تجب النفقة للمريضة وإن تعذر الجماع.

وإنْ كانَ الزَّوجُ صَغِيراً لا يَقْدِرُ على الوَطْءِ، وهي كَبيرةٌ، فَلَها النَّفَقَةُ مِنْ مالِهِ. وإذا حُبِسَتِ المَرأةُ في دَيْنٍ فَلا نَفَقَةَ لَها. ....

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ[1]: لها النَّفقة؛ لأنَّها عِوَض عن المِلك عنده، كما في المملوكة بملك اليمين.

ولنا: أنَّ المَهرَ عِوَضٌ عن المِلك، ولا يجتمعُ العِوَضانِ عن مُعوَّض واحدٍ، فلها المهرُ دونَ النَّفقةِ.

(وإنْ كانَ الزَّوجُ صَغِيراً لا يَقْدِرُ على الوَطْءِ، وهي كَبيرةٌ، فَلَها النَّفَقَةُ مِنْ مالِهِ)؛ لأنَّ التَّسليمَ قد تَحقَّق منها، وإنَّما العجزُ من قِبَلِه، فصار كالمَجبوب والعِنِّين.

(وإذا حُبِسَتِ المَرأةُ في دَيْنٍ فَلا نَفَقَةَ لَها)؛ لأنَّ فوتَ الاحتباسِ منها بالمُماطَلَة، وإنْ لم يكن منها، بأن كانت عاجِزَةً فليس منه[2]. وكذا إذا غَصَبها رجلٌ كُرهاً، فذهب بها، وعن أبي يوسف: أنَّ لها النَّفقةَ، والفتوى على الأوَّل؛ لأنَّ فَوت الاحتباسِ ليس منه لِيُجعَلَ باقياً تقديراً.

وكذا إذا حَجَّت مع مَحْرَم؛ لأنَّ فوتَ الاحتباسِ منها، وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّ لها النَّفقةَ؛ لأنَّ إقامةَ الفرضِ عذرٌ، ولكن تجبُ عليه نفقةُ الحَضَرِ دونَ السَّفرِ؛ لأنَّها هي المُستحَقَّةُ عليه.

ولو سافر معها الزَّوجُ تجبُ النَّفقةُ بالاتِّفاقِ؛ لأنَّ الاحتباسَ قائمٌ لقيامِهِ عليها، وتجبُ نفقةُ الحَضرِ دونَ السَّفرِ، ولا يجب الكِراءُ [عليه][3] لِما قلنا[4].

---

(١) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٣/ ٥٥٨) دار الفكر: (والأظهرُ أن لا نفقَةَ) ولا توابِعَها (لِصَغيرةٍ) لا تَحتمِلُ الوَطءَ لِتعذُّرِهِ لمعنى فيها، والثَّاني تجبُ كالرَّتقاءِ والقرناءِ والمريضة. اهـ.

(٢) أي: الحبسُ ليس من الزَّوج، فلا يطالب بالنَّفقة.

(٣) زيادة من (ج).

(٤) من أنَّ نفقة الحضر هي المستحقَّة.

وإنْ مَرِضَتْ في مَنزِلِ الزَّوْجِ فَلَها النَّفَقَةُ. وتُفْرَضُ على الزَّوجِ النَّفَقةُ إذا كان مُوسِراً، ونَفَقةُ خادِمِها، ولا تُفْرَضُ لأكْثَرَ مِنْ نَفَقةِ خادِمٍ واحِدٍ. ....

(وإنْ مَرِضَتْ في مَنزِلِ الزَّوْجِ فَلَها النَّفَقةُ)، والقياسُ: أنَّ لا نفقةَ لها إذا كان مرضاً يمنَعُ من الجِماعِ؛ لِفَوتِ الاحتباسِ للاستمتاع.

وجهُ الاستحسان: أنَّ الاحتباسَ قائمٌ، فإنَّه يَستأنِسُ بها ويَمَسُّها وتَحفَظُ البيت، والمانعُ بعارضٍ، فأشبَهَ الحيضَ.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنَّها إذا سلَّمت نفسَها ثمَّ مَرِضت تجبُ النَّفقةُ لِتحقُّقِ التَّسليمِ، ولو مَرِضت ثمَّ سَلَّمت لا تجبُ؛ لأنَّ التَّسليمَ لم يصحَّ، قالوا: هذا حسَنٌ، وفي لفظ الكتاب ما يُشير إليه.

قال: (وتُفْرَضُ على الزَّوجِ النَّفَقةُ إذا كان مُوسِراً ونَفَقةُ خادِمِها)، والمرادُ بهذا بيانُ نفقةِ الخادمِ، ولهذا ذكر في بعض النُّسخ «وتُفرَض على الزَّوج إذا كان موسِراً نفقةُ خادِمِها»، ووجهُهُ: أنَّ كفايَتَها واجبةٌ عليه، وهذا من تمامِها؛ إذْ لا بدَّ لها منه.

(ولا تُفْرَضُ لأكْثَرَ مِنْ نَفَقةِ خادمٍ واحِدٍ)، وهذا عند أبي حنيفة ومحمَّد رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ، وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تُفرَض لخادِمَين؛ لأنَّها تحتاجُ إلى أحدهما لمصالحِ الدَّاخلِ وإلى الآخَرِ لمصالحِ الخارجِ.

ولهما: أنَّ الواحدَ يقومُ بالأمرينِ، فلا ضرورةَ إلى اثنين، ولأنَّه لو تولَّى كفايَتَها بنفسِهِ كان كافياً، فكذا إذا أقامَ الواحدَ مَقام نفسِهِ.

وقالوا[1]: إنَّ الزَّوجَ المُوسِر يلزمُهُ من نفقةِ الخادِمِ ما يَلزَمُ المُعسِرَ من نفقةِ امرأتِهِ، وهو أدنى الكفاية.

---

(1) يعني: المشايخ.

وَمَنْ أَعْسَرَ بِنَفَقَةِ امْرَأَتِهِ لَمْ يُفَرَّقْ بينهما، ويُقالُ لها: «استَدِيني عليه». ....

وقولُه في الكتاب: «إذا كان موسِراً» إشارةٌ إلى أنَّه لا تجبُ نفقةُ الخادمِ عند إعسارِهِ، وهو روايةُ الحسنِ عن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ، وهو الأصحُّ خلافاً لِما قاله محمَّد رَحِمَهُ اللهُ؛ لأنَّ الواجبَ على المُعسِرِ أدنى الكفايةِ، وهي قد تكتفي بخدمةِ نفسِها.

(وَمَنْ أَعْسَرَ بِنَفَقَةِ امْرَأَتِهِ لَمْ يُفَرَّقْ بينهما، ويُقالُ لها: «استَدِيني عليه»).

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ[1]: يُفرَّق؛ لأنَّه عجزَ عن الإمساكِ بالمعروف، فينوب القاضي مَنابَهُ في التَّفريق، كما في الجَبِّ والعنَّة، بل أولى لأنَّ الحاجةَ إلى النَّفقة أقوى.

ولنا: أنَّ حقَّه يَبطُل وحقَّها يتأخَّر[2]، والأوَّلُ أقوى في الضَّررِ، وهذا لأنَّ النَّفقةَ تصيرُ ديناً بِفَرضِ القاضي فتستوفي في الزَّمانِ الثَّاني. وفوتُ المال[3] - وهو تابعٌ في النِّكاح - لا يُلحَق بما هو المقصود، وهو التَّناسلُ.

---

(١) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٣/ ٥٦٣) ط دار الفكر: إذا (أعسَرَ) الزَّوجُ أو مَن يقومُ مَقامَهُ من فرعٍ أو غيره (بها) أي: نفقةِ زوجتِهِ المُستقبلَةِ، كتَلَفِ مالِهِ (فإن صَبَرَتْ) بها وأنفَقَتْ على نَفسِها من مالِها أو ممَّا اقترضته (صارت دَيناً عليه) وإن لم يُقرِضها القاضي كسائرِ الدُّيون المُستقرَّة. هذا إذا لم تمنع نفسَهَا منه، فإن منعت لم تَصِرْ ديناً عليه، (وإلا) بأن لم تَصبِرْ (فَلَها الفسخُ).

ثمَّ قال في (٣/ ٥٦٦): (ولا فَسْخَ) بإعسارِ زَوجٍ بشيءٍ ممَّا ذُكر (حيثُ يَثبُتُ عندَ قاضٍ) بعد الرَّفعِ أو عندَ مُحكَّمٍ (إعسارُهُ) ببيِّنةٍ أو إقراره (فَيَفسَخُهُ) بنفسِهِ أو نائبِهِ بعدَ الثُّبوتِ (أو يأذنَ لها فيه). اهـ.

(٢) تقدير العبارة: أنَّ حقَّه بالتَّفريق يبطُل، إذ لا يصل إليه إلا بسبب جديد، وحقَّها يتأخَّر؛ لأنَّ النَّفقة تصير ديناً بِفَرض القاضي، فيستوفى في الزَّمان الثاني.

(٣) جوابٌ عن القياس على الجَبِّ والعنَّة، وتقريره: أنَّ هذا قياسٌ مع الفارق، وهو باطلٌ، وذلك لأنَّ العجز عن النَّفقة إنَّما يكون عن المال، وهو تابع في باب النِّكاح، والعجزَ عن الوصول إلى المرأة بسبب الجبِّ والعنَّة إنَّما يكون عن المقصود بالنِّكاح، وهو التَّوالد والتَّناسل، ولا يلزم من جواز الفُرقة بالعجز عن المقصود جوازُها به عن التَّابع. عناية.

وإذا قَضَى القاضي لها بِنَفَقةِ الإعسارِ ثُمَّ أيْسَرَ، فَخاصَمَتْهُ، تَمَّمَ لها نَفَقَةَ المُوسِرِ. وإذا مَضَتْ مُدَّةٌ لَمْ يُنْفِقِ الزَّوجُ عليها وطالَبَتْهُ بِذَلِكَ، فلا شَيءَ لها، إلَّا أنْ يَكُونَ القاضي فَرَضَ لها النَّفَقَةَ، أو صالَحَتِ الزَّوجَ على مِقدارِ نَفَقَتِها، فَيَقْضِي لها بِنَفَقَةِ ما مَضَى. وإنْ ماتَ الزَّوجُ بَعْدَ ما قُضِيَ عليه بالنَّفَقَةِ، ومَضَى شُهُورٌ، سَقَطَتِ النَّفَقَةُ. ....

وفائدةُ[١] الأمرِ بالاستدانةِ مع الفَرْضِ، أنْ يُمكِنَها إحالةُ الغَريم على الزَّوجِ، فأمَّا إذا كانت الاستدانةُ بغيرِ أمرِ القاضي كانت المُطالَبَةُ عليها دونَ الزَّوج.

(وإذا قَضَى القاضي لها بِنَفَقَةِ الإعسارِ ثُمَّ أيْسَرَ، فَخاصَمَتْهُ، تَمَّمَ لها نَفَقةَ المُوسِرِ)؛ لأنَّ النَّفقةَ تَختلِف بحسب اليسارِ والإعسارِ، وما قضى به تقديرٌ لنفقةٍ لم تجب، فإذا تبدَّل حالُه فلها المُطالبةُ بتمامِ حقِّها.

(وإذا مَضَتْ مُدَّةٌ لَمْ يُنْفِقِ الزَّوجُ عليها وطالَبَتْهُ بِذَلِكَ، فلا شَيءَ لها، إلَّا أنْ يَكُونَ القاضي فَرَضَ لها النَّفَقَةَ، أو صالَحَتِ الزَّوجَ على مِقدارِ نَفَقَتِها، فَيَقْضِي لها بِنَفَقَةِ ما مَضَى)؛ لأنَّ النَّفقةَ صلةٌ، وليست بِعِوَضٍ عندنا على ما مرَّ من قبل، فلا يَستحكِمُ الوجوبُ فيها إلَّا بالقضاء، فلا تُوجِبُ المِلكَ إلَّا بمؤكِّدٍ، وهو القبضُ، والصُّلحُ بمنزلةِ القضاءِ؛ لأنَّ ولايَتَه على نفسِهِ أقوى من ولايةِ القاضي، بخلاف[٢] المهرِ لأنَّه عِوَض.

(وإنْ ماتَ الزَّوجُ بَعْدَ ما قُضِيَ عليه بالنَّفَقَةِ، ومَضَى شُهُورٌ، سَقَطَتِ النَّفَقَةُ)، وكذا إذا ماتت الزَّوجةُ؛ لأنَّ النَّفقة صِلَة، والصِّلاتُ تسقط بالموت، كالهبة تَبطُلُ بالموتِ قبلَ القبضِ.

---

(١) جواب عن إيرادٍ، تقديره: لا فائدة في الإذن لها بالاستدانة بعد فَرضِ القاضي النَّفَقةَ لها؛ لأنَّها صارت دَيناً بِفَرضه. عناية.

(٢) متَّصل بقوله: «وليست بعوض عندنا».

وإنْ أَسْلَفَها نَفَقَةَ السَّنَةِ ثمَّ ماتَ لَمْ يُسْتَرْجَعْ منها شَيءٌ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يُحْتَسَبُ لها نَفَقَةُ ما مَضَى، وما بَقِي فَهُوَ لِلزَّوجِ. وإذا تَزَوَّجَ العَبدُ حُرَّةً، فَنَفَقَتُها دَيْنٌ عليه يُباعُ فيها. ....

وقال الشَّافعي رَحِمَهُ اللَّهُ[1]: تصيرُ ديناً قبل القضاءِ، ولا تَسقطُ بالموت؛ لأنَّه عِوَضٌ عنده، فصار كسائر الدُّيونِ. وجوابُهُ قد بيَّنَّاه[2].

(وإنْ أَسْلَفَها نَفَقَةَ السَّنَةِ) - أي: عجَّلها - (ثمَّ ماتَ لَمْ يُسْتَرْجَعْ منها شَيءٌ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يُحْتَسَبُ لها نَفَقَةُ ما مَضَى، وما بَقِي فَهُوَ لِلزَّوجِ)، وهو قولُ الشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وعلى هذا الخلافِ الكِسوةُ؛ لأنَّها استعجَلَت عِوَضاً عمَّا تستحِقُّهُ عليه بالاحتباس، وقد بطَلَ الاستحقاقُ بالموتِ، فيبطلُ العِوَضُ بِقَدْرِهِ، كَرِزْق القاضي وعطاءِ المُقاتِلَة.

ولهما: أنَّه صِلَةٌ، وقد اتَّصل به القَبضُ ولا رُجوعَ في الصِّلاتِ بعد الموتِ؛ لانتهاء حُكمِها كما في الهبةِ. ولهذا لو هَلَكت من غيرِ استهلاكٍ لا يُستردُّ شيءٌ منه بالإجماع.

وعن محمد رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّها إذا قبضت نفقةَ الشَّهرِ أو ما دونه، لا يُستَرجَعُ منها شيءٌ؛ لأنَّه يسيرٌ، فصار في حكم الحال.

(وإذا تَزَوَّجَ العَبدُ حُرَّةً، فَنَفَقَتُها دَيْنٌ عليه يُباعُ فيها)، ومعناه: إذا تزوَّج بإذنِ المولى؛ لأنَّه دَينٌ وجب في ذمَّته؛ ....

---

(١) قال في المجموع (١٨/ ٢٧٤) ط دار الفكر: إذا وُجِد التَّمكينُ المُوجِبُ للنَّفقةِ ولم يُنفِق حتَّى مَضَت مدَّةٌ صارتِ النَّفقةُ ديناً في ذمَّتِهِ، ولا تَسقُطُ بمضيِّ الزَّمانِ، لأنَّه مالٌ يجبُ على سبيلِ البدلِ في عقدِ مُعاوَضَةٍ، فلا يَسقُطُ بمضيِّ الزَّمانِ كالثَّمَنِ والأجرةِ والمَهرِ. اهـ.

(٢) إشارة إلى ما تقدَّم من قوله: «ولنا: أنَّ المهر عِوَض عن الملك، ولا يَجتمِع العِوَضان عن مُعوَّض واحد، فلا تكون النَّفقةُ عِوَضاً عن البُضع».

وإنْ تَزَوَّجَ الحُرُّ أمَةً، فَبَوَّأها مَولاها مَعَهُ مَنزِلاً، فَعَلَيهِ النَّفَقَةُ، وإنْ لَمْ يُبَوِّئها فَلا نَفَقَةَ لها.

فصل

وعلى الزَّوجِ أنْ يُسْكِنَها في دارٍ مُفْرَدَةٍ ليسَ فيها أحَدٌ مِنْ أهلِهِ، إلَّا أنْ تَختارَ ذَلِكَ.

لِوُجود سببه[(١)]، وقد ظهَرَ وجوبُهُ في حقِّ المولى، فيتعلَّقُ برَقبته، كَدَينِ التِّجارةِ في العبدِ التَّاجرِ، وله أن يَفدِيَ[(٢)]؛ لأنَّ حقَّها في النَّفقةِ لا في عين الرَّقبة.

ولو مات العبدُ سقطت، وكذا إذا قُتل في الصَّحيحِ لأنَّه صِلَة.

(وإنْ تَزَوَّجَ الحُرُّ أمَةً، فَبَوَّأها مَولاها مَعَهُ مَنزِلاً، فَعَلَيهِ النَّفَقَةُ)؛ لأنَّه تحقَّق الاحتباسُ، (وإنْ لَمْ يُبَوِّئها فَلا نَفَقَةَ لها)؛ لِعَدمِ الاحتباسِ.

والتَّبوئةُ: أن يُخلِّيَ بينها وبينه في منزلِهِ، ولا يَستخدِمَها، ولو استَخدَمَها بعد التَّبوئةِ سقَطَتِ النَّفقةُ؛ لأنَّه فات الاحتباسُ. والتَّبوئةُ غيُر لازِمَةٍ على ما مرَّ في النِّكاح[(٣)].

ولو خَدَمَته الجاريةُ أحياناً من غيرِ أن يَستخدِمَها لا تسقطُ النَّفقةُ؛ لأنَّه لم يَستخدِمْها ليكونَ استرداداً.

والمدبَّرةُ وأمُّ الولدِ في هذا كالأمَةِ، واللهُ تعالى أعلمُ بالصَّواب.

(فصل)

في إسكان الزوجة في دار مفردة

(وعلى الزَّوجِ أنْ يُسْكِنَها في دارٍ مُفْرَدَةٍ ليسَ فيها أحَدٌ مِنْ أهلِهِ، إلَّا أنْ تَختارَ ذَلِكَ)؛ لأنَّ السُّكنى مِن كفايتها، فتجبُ لها كالنَّفقةِ، وقد أوجَبَهُ اللهُ تعالى مقروناً

---

(١) وهو العقد؛ لأنَّ النَّفقة من أحكام العقد، فيستوي فيها الحرُّ والمملوكُ، كالدَّين.

(٢) أي: وللمولى أن يفدي العبد.

(٣) أي: في باب نكاح الرَّقيق، حيث قال: إذا بوَّأها، ثمَّ بدا له أن يستخدمها كان له ذلك؛ لأنَّ حقَّ المولى لم يَزُل بالتَّبوئة، كما لم يزل بالنِّكاح.

وإنْ كانَ لَهُ وَلَدٌ مِنْ غيرِها فَلَيسَ لَهُ أنْ يُسْكِنَهُ مَعَها، ولَهُ أنْ يَمْنَعَ والِدَيْها وَوَلَدَها مِنْ غَيْرِهِ وأهْلَها مِنَ الدُّخُولِ عَلَيْها، ولا يَمْنَعُهُم مِنَ النَّظَرِ إليها وكَلامِها في أيِّ وَقْتٍ اختارُوا. وإذا غابَ الرَّجُلُ ولَهُ مالٌ في يَدِ رَجُلٍ يَعْتَرِفُ بِهِ وَبِالزَّوجِيَّةِ، فَرَضَ القاضي في ذلكَ المالِ نَفَقَةَ زَوجَةِ الغائِبِ وَوَلَدِهِ الصِّغارِ ووالِدَيهِ، وكذا إذا عَلِمَ القاضي ذَلِكَ ولَمْ يَعْتَرِفْ بِهِ، ....

بالنَّفقةِ، وإذا أوجَبَ حقّاً لها ليس له أن يُشرِكَ غيرَها فيه؛ لأنَّها تَتضرَّر به، فإنَّها لا تأمَنُ على مَتاعِها، ويَمنَعُها ذلك عن المُعاشَرةِ مع زَوجِها، ومن الاستمتاعِ، إلَّا أن تختارَ ذلك؛ لأنَّها رضيت بانتقاصِ حقِّها.

(وإنْ كانَ لَهُ وَلَدٌ مِنْ غيرِها فَلَيسَ لَهُ أنْ يُسْكِنَهُ مَعَها)؛ لِما بيَّنَّا.

ولو أسكَنَها في بيتٍ من الدَّارِ مُفرَدٍ، وله غَلَقٌ كفاها؛ لأنَّ المقصودَ قد حَصَلَ.

(ولَهُ أنْ يَمْنَعَ والِدَيْها وَوَلَدَها مِنْ غَيْرِهِ وأهْلَها مِنَ الدُّخُولِ عَلَيْها)؛ لأنَّ المنزلَ مِلكُه، فَلَهُ حقُّ المَنعِ من دُخولِ مِلكِهِ، **(ولا يَمْنَعُهُم مِنَ النَّظَرِ إليها وكَلامِها في أيِّ وَقْتٍ اختارُوا)**؛ لِما فيه من قطيعةِ الرَّحمِ، وليس له في ذلك ضَرَرٌ.

وقيل: لا يَمنَعُهُم من الدُّخولِ والكلامِ، وإنَّما يَمنَعُهم من القَرارِ والدَّوامِ؛ لأنَّ الفتنة في اللَّباثِ وتَطويلِ الكلام.

وقيل: لا يَمنَعُها من الخروجِ إلى الوالدين، ولا يَمنَعُهما من الدُّخولِ عليها في كلِّ جمعةٍ، وفي غيرِهما من المَحارم التَّقديرُ بِسَنة، وهو الصَّحيح.

(وإذا غابَ الرَّجُلُ ولَهُ مالٌ في يَدِ رَجُلٍ يَعْتَرِفُ بِهِ وَبِالزَّوجِيَّةِ، فَرَضَ القاضي في ذلكَ المالِ نَفَقَةَ زَوجَةِ الغائِبِ وَوَلَدِهِ الصِّغارِ ووالِدَيهِ، وكذا إذا عَلِمَ القاضي ذَلِكَ ولَمْ يَعْتَرِفْ بِهِ)؛ لأنَّه لمَّا أقرَّ بالزَّوجيَّةِ والوديعةِ فقد أقرَّ أنَّ حَقَّ الأخذِ لها، ولأنَّ لها أن تأخُذَ من مالِ الزَّوج حَقَّها من غير رضاه، وإقرارُ صاحبِ اليدِ مَقبولٌ في حقِّ نفسِهِ لا سيَّما ههنا، ....

ويَأخُذُ مِنْها كَفِيلاً بها، ولا يُقْضى بِنَفَقَةٍ في مالِ غائبٍ إلَّا لِهَؤلاءِ.

فإنَّه لو أنكر أحَدَ الأمرينِ[١] لا تُقبَلُ بيِّنةُ المرأةِ فيه[٢]؛ لأنَّ المودَعَ ليس بِخَصمٍ في إثباتِ الزَّوجيَّةِ عليه[٣]، ولا المرأةُ خصمٌ في إثباتِ حقوقِ الغائبِ، فإذا ثبت في حقِّه تعدَّى إلى الغائب[٤]، وكذا إذا كان المالُ في يده مضارَبةً، وكذا الجوابُ في الدَّين.

وهذا كلُّه إذا كان المالُ من جنس حقِّها، دراهمَ أو دنانيرَ أو طعاماً أو كسوةً من جنس حقِّها. أمَّا إذا كان من خلافِ جنسِهِ لا تُفرَضُ النَّفقةُ فيه؛ لأنَّه يَحتاجُ إلى البيع، ولا يُباعُ مالُ الغائبِ بالاتِّفاقِ.

أمَّا عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فلأنَّه لا يُباع على الحاضر، وكذا على الغائب.

وأمَّا عندهما: فلأنَّه إن كان يقضي على الحاضِرِ لأنَّه يُعرَف امتناعُه، لا يقضي على الغائبِ؛ لأنَّه لا يُعرَف امتناعُهُ.

قال: (ويَأخُذُ مِنْها كَفِيلاً بها) نظراً للغائب؛ لأنَّها ربَّما استوفت النَّفقةَ، أو طَلَّقها الزَّوجُ وانقَضَتْ عدَّتُها.

فرَّق[٥] بين هذا وبينَ الميراثِ إذا قُسِم بين ورثةٍ حُضورٍ بالبيِّنة ولم يقولوا: «لا نعلَمُ له وارثاً أخَرَ»، حيثُ لا يُؤخَذ منهم الكفيلُ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنَّ هناك المكفولُ له مَجهولٌ، وهنا معلومٌ، هو الزَّوجُ، ويُحلِّفُها بالله ما أعطاها النَّفقةَ؛ نظراً للغائب.

قال: (ولا يُقْضى بِنَفَقَةٍ في مالِ غائبٍ إلَّا لِهَؤلاءِ)، ووجهُ الفرقِ: هو أنَّ نفقةَ

(١) أي: الزوجيَّة والوديعة.
(٢) أي: في أحد الأمرين.
(٣) على الغائب.
(٤) لكون ما أقرَّ به ملكه.
(٥) أي: أبو حنيفة. بناية.

فصل

وإذا طَلَّقَ الرَّجُلُ امرأتَهُ فَلَها النَّفَقَةُ والسُّكْنَى في عِدَّتِها، رَجْعِيّاً كان أو بائِناً. ....

هؤلاءِ واجبةٌ قبلَ قضاءِ القاضي، ولهذا كان لهم أن يأخذوا قبلَ القضاءِ، فكأنَّ قضاءَ القاضي إعانةٌ لهم.

أمَّا غيرُهم من المَحارِمِ فنفقَتُهم إنَّما تجبُ بالقضاءِ؛ لأنَّه مُجتَهَد فيه، والقضاءُ على الغائبِ لا يجوزُ.

ولو[1] لم يعلَم القاضي بذلك، ولم يكن مُقِرّاً به، فأقامتِ البيِّنَةَ على الزَّوجيَّة، أو لم يُخلِّفْ مالاً، فأقامت البيِّنَةَ لِيَفرِضَ القاضي نفقَتَها على الغائبِ ويَأمُرَها بالاستدانةِ، لا يَقضي القاضي بذلك؛ لأنَّ في ذلك قضاءً على الغائب.

وقال زفر رَحِمَهُ اللهُ: يقضي فيه؛ لأنَّ فيه نظراً لها، ولا ضَرَرَ فيه على الغائب، فإنَّه لو حَضَر وصَدَّقَها فقد أخَذَت حقَّها، وإنْ جَحَد يُحلَّف، فإن نَكَل فقد صَدَّق، وإنْ أقامتْ بنيِّةً فقد ثبَتَ حقُّها، وإن عَجزَت يَضمَنُ الكفيلُ أو المرأةُ، وعمَلُ القُضاةِ اليوم على هذا، أنَّه يَقضي بالنَّفقةِ على الغائبِ لحاجةِ النَّاسِ، وهو مُجتَهَدٌ فيه، وفي هذه المسألة أقاويلُ مرجوعٌ عنها فلم يذكرها.

(فصل)

النفقة والسكنى في العدة

(وإذا طَلَّقَ الرَّجُلُ امرأتَهُ فَلَها النَّفَقَةُ والسُّكْنَى في عِدَّتِها رَجْعِيّاً كان أو بائِناً).

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ[2]: لا نفقةَ للمَبتوتة إلَّا إذا كانت حامِلاً، أمَّا الرَّجعيُّ فلأنَّ النِّكاحَ بعدَهُ قائمٌ، لا سيَّما عندنا فإنَّه يحلُّ له الوطءُ.

---

(١) متَّصل بقوله: «وكذا إذا علم القاضي ذلك».

(٢) قال النووي في الروضة (٦/ ٤٧٦) ط الكتب العلمية: البائنُ بِخُلع، أو طلاقِ الثَّلاثِ لا نفقةَ لها ولا كِسوةَ إن كانت حائلاً، وإن كانت حاملاً فعلى الزَّوجِ نفقَتُها وكسوتُها. اهـ.

وأمَّا البائنُ فوجهُ قولِهِ ما رُوي عن فاطمة بنت قيس قالت: «طلَّقني زوجي ثلاثاً، فلم يَفرِض لي رسولُ الله ﷺ سُكْنى ولا نفقةً[1]»، ولأنَّه لا مِلكَ له، وهي مُرتَّبةٌ على المِلك، ولهذا لا تجبُ للمتوفَّى عنها زوجُها لانعدامِهِ، بخلافِ ما إذا كانت حاملاً؛ لأنَّا عرفناه بالنَّصِّ، وهو قوله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُولَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ [الطَّلَاق: ٦] الآية.

ولنا: أنَّ النَّفقة جزاءُ احتباسٍ على ما ذكرنا، والاحتباسُ قائمٌ في حقِّ حكمٍ مقصودٍ بالنِّكاح، وهو الولدُ، إذِ العِدَّةُ واجبةٌ لصيانةِ الولدِ، فتجبُ النَّفقةُ، ولهذا كان لها السُّكنى بالإجماع، وصار[2] كما إذا كانت حاملاً.

وحديثُ فاطمةَ بنِ قيس ردَّه عمرُ رضي الله عنه فإنَّه قال: لا نَدَعُ كتابَ ربِّنا وسنَّةَ نبِّينا بقول امرأةٍ لا ندري صَدَقت أم كَذَبت، حَفِظَت أم نَسِيت، سمعتُ رسولَ الله ﷺ يقول: «للمطلَّقة الثَّلاث النَّفقةُ والسُّكنى ما دامتْ في العِدَّة[3]»، وردَّه أيضاً زيدُ بن ثابت رضي الله عنه وأسامةُ بنُ زيد[4] ....

(١) أخرجه الجماعة إلَّا البخاري، وهو عند مسلم في الطلاق، باب: المطلقة ثلاثا لا نفقة لها (١٤٨٠) عن الشعبيِّ قال: دخلتُ على فاطمةَ بنتِ قَيسٍ، فسألتُها عن قضاءِ رسولِ الله ﷺ عليها فقالت: طلَّقها زوجُها ألبتَّةَ، فقالت: فخاصمتُهُ إلى رسول الله ﷺ في السُّكنى والنَّفقة، قالت: فلم يَجعَلْ لي سُكنَى ولا نفقةً، وأمرني أن أعتدَّ في بيتِ ابنِ أمِّ مكتوم.

(٢) أي: حكم المبتوتة.

(٣) أخرج مسلم في الطلاق، باب: المطلقة ثلاثا لا نفقة لها (١٤٨٠) عن أبي إسحاق قال: كنتُ مع الأسودِ بنِ يزيد جالساً في المسجدِ الأعظَمِ - يعني: مسجد الطوفة - ومَعَنا الشَّعبيُّ، فحدَّثَ الشَّعبيُّ بحديثِ فاطمةَ بنتِ قيسٍ أنَّ رسولَ الله ﷺ لم يَجعَلْ لها سُكنَى ولا نفقةً، ثمَّ أخذَ الأسودُ كفًّا من حصى فحَصَبَه به فقال: وَيلَكَ تُحدِّثُ بمثلِ هذا، قال عمر: لا نترُكُ كتابَ اللهِ وسنَّةَ نبيِّنا ﷺ لقولِ امرأةٍ، لا ندري لعلَّها حَفِظَت أو نسيت، لها السُّكنى والنَّفقةُ، قال الله عزَّ وجل: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ [الطَّلَاق: ١].

(٤) أخرج الطحاوي في شرح معاني الآثار (٣/ ٦٨) (٤٥٢٦) عن أبي سلمة بن عبد الرَّحمن قال: كانت فاطمةُ بنتُ قيس تُحدِّثُ عن رسول الله ط أنَّه قال لها: «اعتدِّي في بيت ابن أمِّ مكتوم»، وكان محمدُ بنُ أسامةَ بنِ زيد يقول: كان أسامةُ إذا ذكَرَتْ فاطمةُ من ذلك شيئاً رماها بما كان في يده. =

ولا نَفَقَةَ لِلمُتَوَفَّى عنها زَوْجُها. وكُلُّ فُرقَةٍ جاءَتْ مِنْ قِبَلِ المرأةِ بِمَعْصِيَةٍ، مِثْلِ الرِّدَّةِ وتَقْبِيلِ ابنِ الزَّوجِ، فلا نَفَقَةَ لها. وإنْ طَلَّقَها ثَلاثاً ثُمَّ ارتَدَّتْ - والعِياذُ بالله - سقَطَتْ نَفَقَتُها، وإنْ مَكَّنَتِ ابْنَ زَوجِها مِنْ نَفْسِها فَلَها النَّفَقَةُ.

وجابرٌ[١] وعائشةُ[٢] رضي الله عنهم.

(ولا نَفَقَةَ لِلمُتَوَفَّى عنها زَوْجُها)؛ لأنَّ احتباسَها ليس لحقِّ الزَّوجِ، بل لحقِّ الشَّرعِ، فإنَّ التَّربُّصَ عبادةٌ منها، ألا ترى أنَّ معنى التَّعرُّفِ عن براءةِ الرَّحمِ ليس بِمُراعى فيه، حتَّى لا يُشتَرَط فيها الحيض، فلا تَجِبُ نفقَتُها عليه، ولأنَّ النَّفقةَ تَجِب شيئاً فشيئاً، ولا مِلكَ له بعد الموت، فلا يُمكِنُ إيجابُها في مِلكِ الوَرثةِ.

(وكُلُّ فُرقَةٍ جاءَتْ مِنْ قِبَلِ المرأةِ بِمَعْصِيَةٍ، مِثْلِ الرِّدَّةِ وتَقْبِيلِ ابنِ الزَّوجِ، فلا نَفَقَةَ لها)؛ لأنَّها صارت حابِسَةً نفسَها بغير حقٍّ، فصارت كما كانت ناشِزَةً، بخلاف المهرِ بعدَ الدُّخولِ؛ لأنَّه وُجِد التَّسليمُ في حقِّ المهرِ بالوطء. وبخلافِ ما إذا جاءتِ الفُرقَةُ من قِبَلِها بغير معصيةٍ، كخيار العتقِ وخيارِ البلوغ والتَّفريقِ لِعَدمِ الكفاءةِ؛ لأنَّها حَبَست نفسَها بحقٍّ، وذلك لا يُسقِطُ النَّفقة، كما إذا حبَسَت نفسَها لاستيفاءِ المهرِ.

(وإنْ طَلَّقَها ثَلاثاً ثُمَّ ارتَدَّتْ - والعِياذُ بالله - سقَطَتْ نَفَقَتُها، وإنْ مَكَّنَتِ ابْنَ زَوجِها مِنْ نَفْسِها فَلَها النَّفَقَةُ)، معناه: مكَّنت بعدَ الطَّلاقِ؛ لأنَّ الفُرقةَ تَثْبُت

= قال أبو جعفر: فهذا أسامةُ بن زيد قد أنكر من ذلك أيضاً ما أنكره عمر رضي الله عنه. وقد أنكرت ذلك أيضاً عائشة رضي الله عنها.

(١) أخرج الدارقطني في كتاب الطلاق والخلع والايلاء وغيره (٥٩) عن جابر عن النَّبيِّ ﷺ قال: «المُطلَّقةُ ثلاثاً لها السُّكنى والنَّفقةُ».

(٢) أخرج مسلم في الطلاق، باب: المطلقة ثلاثا لا نفقة لها (١٤٨١) عن عائشة: أنَّها قالت: «ما لِفاطمَةَ خيرٌ أن تَذكُرَ هذا»، قال: تعني قولَها: لا سُكنى ولا نفقة.

فصل

ونَفَقَةُ الأولادِ الصِّغارِ على الأبِ، لا يُشارِكُهُ فيها أحَدٌ، كما لا يُشارِكُهُ في نَفَقَةِ الزَّوجَةِ. وإنْ كانَ الصَّغيرُ رَضِيعاً، فَلَيسَ على أُمِّهِ أنْ تُرْضِعَهُ، ويَستأجِرُ الأبُ مَنْ تُرْضِعُهُ عِندَها، وإنِ اسْتَأجَرَها وهِيَ زَوْجَتُهُ أو مُعْتَدَّتُهُ لِتُرْضِعَ وَلَدَها لَمْ يَجُزْ.

بالطَّلقاتِ الثَّلاث، ولا عَمَل فيها للرِّدَّة والتَّمكينِ، إلَّا أنَّ المُرتدَّة تُحبَس حتَّى تتوب، ولا نفقَةَ للمَحبوسةِ، والمُمَكِّنةُ لا تُحبَس، فلهذا يقع الفرق.

(فصل)

نفقة الأولاد الصغار

(ونَفَقَةُ الأولادِ الصِّغارِ على الأبِ لا يُشارِكُهُ فيها أحَدٌ، كما لا يُشارِكُهُ في نَفَقَةِ الزَّوجَةِ)؛ لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٣]، والمَولودُ له هو الأبُ.

(وإنْ كانَ الصَّغيرُ رَضِيعاً، فَلَيسَ على أُمِّهِ أنْ تُرْضِعَهُ)؛ لِما بيَّنَّا أنَّ الكفايةَ على الأبِ، وأجرةُ الرَّضاعِ كالنَّفقةِ، ولأنَّها عساها لا تَقدِرُ عليه لِعُذرٍ بها، فلا معنى للجَبْر عليه. وقيل في تأويل قوله تعالى: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا﴾ [البَقَرَة: ٢٣٣] بإلزامها الإرضاعَ مع كراهَتِها، وهذا الذي ذكرنا بيانُ الحكم، وذلك إذا كان يُوجَد مَن تُرضِعُه، أمَّا إذا كان لا يوجدُ مَن تُرضِعه، تُجبَرُ الأمُّ على الإرضاعِ صيانةً للصَّبيِّ عن الضَّياع.

قال: (ويَستأجِرُ الأبُ مَنْ تُرْضِعُهُ عِندَها)، أمَّا استئجارُ الأبِ فلأنَّ الأجرَ عليه. وقولُهُ: «عندها» معناه: إذا أرادت ذلك؛ لأنَّ الحِجْرَ لها.

(وإنِ اسْتَأجَرَها وهِيَ زَوْجَتُهُ أو مُعْتَدَّتُهُ لِتُرْضِعَ وَلَدَها لَمْ يَجُزْ)؛ لأنَّ الإرضاعَ مستحَقٌّ عليها ديانةً، قال الله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٣]، إلَّا أنَّها عُذِرت لاحتمالِ عَجزِها، فإذا أقدمَتْ عليه بالأجرِ ظهَرَت قُدرَتُها، فكان الفِعلُ واجباً عليها، فلا يجوزُ أخذُ الأجرِ عليه، وهذا في المُعتدَّةِ عن طلاقٍ رجعيٍّ روايةً واحدةً؛ لأنَّ النِّكاحَ قائمٌ، وكذا في المَبتوتةِ في روايةٍ، وفي روايةٍ

وَلَوِ استأجَرَها وهي مَنكُوحَتُهُ أو مُعْتَدَّتُهُ لإرضاعِ ابنٍ لَهُ مِنْ غَيرِها جازَ، وإنِ انْقَضَتْ عِدَّتُها فاستأجَرَها جازَ. فإنْ قال الأبُ: «لا أستأجِرُها» وجاءَ بِغَيرِها، فَرضِيَتِ الأمُّ بِمِثلِ أَجرِ الأجنبِيَّةِ، أو رَضِيَتْ بِغَيرِ أجرٍ، كانتْ هِيَ أحَقَّ، وإنِ التَمَسَتْ زِيادَةً لَمْ يُجْبَرِ الزَّوجُ عَلَيها. ونَفَقَةُ الصَّغيرِ واجِبَةٌ على أبيهِ وإنْ خالَفَهُ في دِينِهِ، كما تَجِبُ نَفَقَةُ الزَّوجةِ على الزَّوجِ وإنْ خالَفَتْهُ في دِينِهِ.

أخرى جاز استئجارُها؛ لأنَّ النِّكاحَ قد زال. وجهُ الأولى أنَّه باقٍ في حقِّ بعضِ الأحكام.

(ولَوِ استأجَرَها وهي مَنكُوحَتُهُ أو مُعْتَدَّتُهُ لإرضاعِ ابنٍ لَهُ مِنْ غَيرِها جازَ)؛ لأنَّه غيرُ مستحَقٍّ عليها، (وإنِ انْقَضَتْ عِدَّتُها فاستأجَرَها)، يعني: لإرضاعِ ولَدِها (جازَ)؛ لأنَّ النِّكاحَ قد زالَ بالكُلِّيَّة وصارت كالأجنبيَّة.

(فإنْ قال الأبُ: «لا أستأجِرُها[1]» وجاءَ بِغَيرِها، فَرضِيَتِ الأمُّ بِمِثلِ أَجرِ الأجنبِيَّةِ، أو رَضِيَتْ بِغَيرِ أجرٍ، كانتْ هِيَ أحَقَّ)؛ لأنَّها أشفَقُ، فكان نظراً للصَّبيِّ في الدَّفعِ إليها، (وإنِ التَمَسَتْ زِيادَةً لَمْ يُجْبَرِ الزَّوجُ عَلَيها) دفعاً للضَّرر عنه، وإليه الإشارةُ بقوله تعالى: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٣]، أي: بإلزامِهِ لها أكثرَ من أجرةِ الأجنبيَّة.

(ونَفَقَةُ الصَّغيرِ واجِبَةٌ على أبيهِ وإنْ خالَفَهُ في دِينِهِ، كما تَجِبُ نَفَقَةُ الزَّوجةِ على الزَّوجِ وإنْ خالَفَتْهُ في دِينِهِ)، أمَّا الولدُ فلإطلاقِ ما تلونا، ولأنَّه جُزؤُه فيكونُ في معنى نَفسِهِ، وأمَّا الزَّوجةُ فلأنَّ السَّببَ هو العقدُ الصَّحيحُ، فإنَّه بإزاءِ الاحتباسِ الثَّابتِ به، وقد صحَّ العقدُ بين المسلمِ والكافرةِ، وترتَّب عليه الاحتباسُ، فوجبتِ النَّفقةُ.

وفي جميع ما ذكرنا إنَّما تجبُ النَّفقة على الأب إذا لم يكن للصَّغير مالٌ، أمَّا إذا كان فالأصلُ أنَّ نفقةَ الإنسانِ في مال نفسِه، صغيراً كان أو كبيراً.

---

(١) الضمير راجع إلى امرأته.

فصل

وعلى الرَّجلِ أنْ يُنفِقَ على أبَوَيهِ وأجْدادِهِ وجَدَّاتِهِ إذا كانُوا فُقَراءَ وإنْ خالَفُوهُ في دِينِهِ، ولا تَجِبُ النَّفَقَةُ مَعَ اختلافِ الدِّينِ إلَّا لِلزَّوْجَةِ والأبَوَينِ والأجْدادِ والجَدَّاتِ والوَلَدِ ووَلَدِ الوَلَدِ. ....

(فصل)

النفقة على الأصول

(وعلى الرَّجلِ أنْ يُنفِقَ على أبَوَيهِ وأجْدادِهِ وجَدَّاتِهِ إذا كانُوا فُقَراءَ وإنْ خالَفُوهُ في دِينِهِ)، أمَّا الأبوانِ فلقوله تعالى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥]، نزلت الآية في الأبوين الكافرين، وليس من المعروفِ أن يعيشَ في نِعَمِ اللهِ تعالى ويَترُكَهما يَموتانِ جوعاً.

وأمَّا الأجدادُ والجدَّاتُ فلأنَّهم من الأباء والأمَّهات، ولهذا يقومُ الجَدُّ مَقامَ الأبِ عند عَدَمِهِ، ولأنَّهم سَبَّبوا إحياءَه، فاستوجبوا عليه الإحياءَ بمنزلةِ الأبوين.

وشَرَط الفقرَ لأنَّه لو كان ذا مال فإيجابُ نفقتِهِ في ماله أولى من إيجابِها في مالِ غيرِهِ، ولا يَمنَعُ ذلك باختلاف الدِّين لِما تلونا.

(ولا تَجِبُ النَّفَقَةُ مَعَ اختلافِ الدِّينِ إلَّا لِلزَّوْجَةِ والأبَوَينِ والأجْدادِ والجَدَّاتِ والوَلَدِ ووَلَدِ الوَلَدِ).

أمَّا الزَّوجةُ فلما ذكرنا أنَّها واجبةٌ لها بالعقد؛ لاحتباسِها لحقٍّ له مقصودٍ، وهذا لا يتعلَّق باتِّحادِ المِلَّة.

وأمَّا غيرُها فلأنَّ الجزئيَّة ثابتةٌ، وجزءُ المرءِ في معنى نفسِهِ، فكما لا يَمتنعُ نفقةُ نفسِهِ لِكُفرِهِ لا يَمتنعُ نفقةَ جُزئه، إلَّا أنَّهم إذا كانوا حَربيِّينَ لا تجبُ نفقَتُهم على المسلم وإن كانوا مُستأمِنِين؛ لأنَّا نُهينا عن البرِّ في حقِّ مُن يُقاتِلُنا في الدِّين.

ولا تَجِبُ على النَّصرانيِّ نَفَقَةُ أخيهِ المُسلِمِ، وكذا لا تَجِبُ على المُسلِمِ نَفَقَةُ أخيهِ النَّصرانيِّ. ولا يُشارِكُ الوَلَدَ في نَفَقةِ أبَوَيهِ أحَدٌ. ....

(ولا تَجِبُ على النَّصرانيِّ نَفَقَةُ أخيهِ المُسلِمِ، وكذا لا تَجِبُ على المُسلِمِ نَفقَةُ أخيهِ النَّصرانيِّ)؛ لأنَّ النَّفقةَ مُتعلِّقةٌ بالإرثِ بالنَّصِّ، بخلاف العتقِ عند المِلكِ؛ لأنه متعلِّقٌ بالقَرابةِ والمَحرميَّة بالحديث[١]، ولأنَّ القرابةَ مُوجِبةٌ للصِّلَة، ومع الاتِّفاقِ في الدِّين آكَدُ، ودوامُ مِلكِ اليمينِ أعلى في القطيعةِ من حِرمانِ النَّفقةِ، فاعتبرنا في الأعلى أصلَ العِلَّة[٢]، وفي الأدنى العِلَّةَ المُؤكِّدة[٣]، فلهذا افترقا.

(ولا يُشارِكُ الوَلَدَ في نَفَقةِ أبَوَيهِ أحَدٌ)؛ لأنَّ لهما تأويلاً في مالِ الولدِ بالنَّصِّ[٤]، ولا تأويلَ لهما في مالِ غيرِهِ، ولأنَّه أقربُ النَّاسِ إليهما فكان أولى باستحقاقِ نَفقتِهما عليه. وهي على الذُّكور والإناثِ بالسَّوِيَّة في ظاهر الرِّواية، وهو الصَّحيحُ[٥]؛ لأنَّ المعنى يَشمَلُهما[٦].

---

(١) أخرج الترمذي في الأحكام، باب: فمن ملك ذا رحم محرم (١٣٦٥)، وأبو داود في العتق، باب: فيمن ملك ذا رحم محرم (٣٩٤٩) عن سمرة: أنَّ رسول الله ﷺ قال: «مَن مَلَكَ ذا رَحِمٍ مَحرَمٍ فهو حُرٌّ».

(٢) تقدير الكلام كما جاء في البناية: فاعتبرنا في الأعلى وهو ملك اليمين، أصلَ العلَّة وهو نفس ملك القريب؛ لقوَّة معنى قطع الرَّحم، حتى عتق القريب المملوك سواء وُجِد الاتِّحادُ في الملَّة أو لم يوجد.

(٣) تقدير الكلام: واعتبرنا في الأدنى وهو النَّفقة العلَّةَ المؤكَّدة وهي القرابةُ مع الاتِّحاد في الملَّة. بناية.

(٤) وهو قوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك» فكانا غنيين بماله، والغني لا تجب نفقته على غيره.

(٥) احترز بذلك عن رواية الحسنِ عن أبي حنيفة، وهي: أنَّ النَّفقة بين الذَّكر والأنثى أثلاثاً، للذَّكر مثلُ حظِّ الأنثيين على قياس الميراث وعلى قياس نفقة ذوي الأرحام.
بيَّنتُ هذا لأنَّه بعد قليل سينقل عن القدوري رواية الحسن، فتنبَّه.

(٦) بيانه: أنَّ استحقاق الأبوين إنَّما هو باعتبار التَّأويل، وحقِّ المِلك لهما في مال الولد بقوله ﷺ: «أنت ومالُكَ لأبيك»، وهذا المعنى يشمل الذُّكورَ والإناثَ فيكونان سواء؛ ولهذا يَثبُت لهما هذا الاستحقاقُ مع اختلاف المِلَّة وإنِ انعَدَم التَّوارث.

والنَّفقةُ لِكُلِّ ذي رَحِم مَحْرَم إذا كان صَغِيراً فَقِيراً، أو كانَتِ امرأةً بالِغَةً فَقِيرَةً، أو كانَ ذَكراً بالِغاً فقيراً زَمِناً أو أَعمى، ويَجِبُ ذلكَ على مِقدارِ المِيراثِ، ويُجْبَرُ عليه. وتَجِبُ نَفقَةُ الابنَةِ البالِغَةِ والابنِ الزَّمِنِ على أبَوَيهِ أثلاثاً، على الأبِ الثُّلُثانِ وعلى الأمِّ الثُّلُثُ، ....

(والنَّفقةُ لِكُلِّ ذي رَحِم مَحْرَم إذا كان صَغِيراً فَقِيراً، أو كانَتِ امرأةً بالِغَةً فَقِيرَةً، أو كانَ ذَكراً بالِغاً فَقيراً زَمِناً أو أَعمى)؛ لأنَّ الصِّلةَ في القرابةِ القريبةِ واجبةٌ دونَ البعيدةِ، والفاصلُ أن يكون ذا رَحِم مَحْرَم، وقد قال الله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٣]، وفي قراءة عبد الله بن مسعود رَضِيَ اللهُ عَنْهُ «وعلى الوارث ذي الرَّحِمِ المَحرَم مِثلُ ذلك».

ثمَّ لا بدَّ من الحاجةِ والصِّغَرِ والأنوثةِ، والزَّمانةُ والعمى أمارَةُ الحاجةِ؛ لِتحقُّقِ العَجْزِ، فإنَّ القادرَ على الكَسبِ غنيٌّ بِكَسبِهِ، بخلافِ الأبوين لأنَّه يَلحقُهُما تَعَبُ الكَسبِ، والولَدُ مأمورٌ بدفعِ الضَّررِ عنهما، فتَجِبُ نفقتُهما مع قُدرتِهما على الكَسْب.

قال: (ويَجِبُ ذلكَ على مِقدارِ المِيراثِ، ويُجْبَرُ عليه)؛ لأنَّ التَّنصيصَ على الوارثِ تنبيهٌ على اعتبار المقدارِ، ولأنَّ الغُرْمَ بالغُنْم[1]، والجبرُ لإيفاءِ حقٍّ مستَحَقٍّ.

قال: (وتَجِبُ نَفَقَةُ الابنَةِ البالِغَةِ والابنِ الزَّمِنِ على أبَوَيهِ أثلاثاً، على الأبِ الثُّلُثانِ وعلى الأمِّ الثُّلُثُ)؛ لأنَّ المِيراثَ لهما على هذا المقدار.

قال العبدُ الضَّعيف: هذا الذي ذكره روايةُ الخَصَّاف والحسنِ رَحِمَهُمَا اللهُ، وفي ظاهر الرِّوايةِ كلُّ النَّفقةِ على الأب؛ لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٣]، وصار كالولد الصَّغير.

---

(١) أي: «لأنَّ الغُرم» وهو الإنفاق «في مقابلة الغُنم» وهو الميراث.

ولا تَجِبُ نَفَقَتُهُم مَعَ اختلافِ الدِّينِ. ولا تَجِبُ على الفَقِيرِ. ....

ووجهُ الفرقِ[١] على الرِّواية الأولى أنَّه اجتمعت للأبِ في الصَّغير ولايةٌ ومُؤْنةٌ، حتَّى وجبت عليه صدقةُ فِطْرِه، فاختَصَّ بنفقتِهِ، ولا كذلك الكبيرُ لانعدامِ الولايةِ فيه، فَتُشاركه الأمُّ.

وفي غير الوالدِ يُعتَبَر قَدْرُ الميراث[٢]، حتَّى تكونُ نفقةُ الصَّغيرِ على الأمِّ والجَدِّ أثلاثاً، ونفقةُ الأخِ المُعسِرِ على الأخواتِ المتفرِّقاتِ المُوسِرات أخماساً على قَدرِ الميراثِ، غيرَ أنَّ المُعتَبَر أهليَّةُ الإرثِ في الجملةِ لا إحرازُهُ، فإنَّ المُعسِرَ إذا كان له خالٌ وابنُ عمٍّ تكون نفقَتُه على خالِهِ وميراثُهُ يُحرِزُه ابنُ عمِّه.

(ولا تَجِبُ نَفَقَتُهُم مَعَ اختلافِ الدِّينِ)؛ لِبُطلانِ أهليَّةِ الإرثِ، ولا بدَّ من اعتباره.

(ولا تَجِبُ على الفَقِيرِ)؛ لأنَّها تجبُ صلةً، وهو يستحِقُّها على غيرِهِ فكيف تُستحَقُّ عليه؟ بخلاف نفقةِ الزَّوجةِ وولدِهِ الصَّغيرِ؛ لأنَّه التَزَمَها بالإقدامِ على العقد، إذِ المصالحُ لا تَنتظِمُ دونَها، ولا يَعمَلُ في مثلِها الإعسارُ.

ثمَّ اليَسارُ مُقدَّرٌ بالنِّصابِ فيما روي عن أبي يوسف، وعن محمد ﷺ: أنَّه قَدَّره بما يَفضُل على نفقةِ نفسِهِ وعيالِهِ شهراً، أو بما يَفضُلُ على ذلك من كَسْبِهِ الدَّائم كلَّ يوم؛ لأنَّ المُعتَبَرَ في حقوقِ العبادِ إنَّما هو القدرةُ دونَ النِّصابِ، فإنَّه[٣] للتَّيسير، والفتوى على الأوَّل[٤]، لكن النِّصابُ نصابُ حِرمانِ الصَّدقة.

---

(١) يعني: بين نفقة الولد الصَّغير حيث وجبت بجملتها على الأب خاصَّةً، وبين نفقة الولد الكبير الزَّمِنِ حيثُ وجب ثُلُثاها على الأب والثُّلُث على الأمِّ، كما في الإرث.

(٢) يعني: قولاً واحداً.

(٣) أي: اعتبار القدرة، دونَ النِّصاب.

(٤) يعني: أنَّ اليسار مقدَّر بالنِّصاب، لكن النِّصاب نصابُ حرمان الصَّدقة، وهو مائتا درهم إذا كان فاضلاً عن حوائجه الأصليَّة، وهو الصَّحيح.

وإذا كانَ لِلابنِ الغائِبِ مالٌ قُضِي فيه بِنَفَقةِ أبَوَيهِ، وإذا باعَ أبُوهُ مَتاعَهُ في نَفَقَتِهِ جازَ، وإنْ باعَ العَقارَ لَمْ يَجُزْ. وإنْ كان لِلابنِ الغائِبِ مالٌ في يَدِ أبَوَيهِ وأنفقَا مِنهُ لَمْ يَضْمَنا، وإنْ كانَ لَهُ مالٌ في يَدِ أجنَبِيٍّ فَأنْفَقَ عَلَيهما بِغَيرِ إذنْ القاضِي ضَمِنَ.

(وإذا كانَ لِلابنِ الغائِبِ مالٌ قُضِي فيه بِنَفَقةِ أبَوَيهِ)، وقد بيَّنّا الوجهَ فيه[1].

(وإذا باعَ أبُوهُ مَتاعَهُ في نَفَقَتِهِ جازَ) عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وهذا استحسانٌ، (وإنْ باعَ العَقارَ لَمْ يَجُزْ)، وفي قولهما: لا يجوزُ في ذلك كلِّه، وهو القياسُ؛ لأنَّه لا ولايةَ له لانقطاعِها بالبلوغ؛ لهذا لا يَملِكُ في حالِ حَضرتِهِ، ولا يَملِكُ البيعَ في دَينٍ له سوى النَّفقة، وكذا لا تَملِك الأمُّ في النَّفقة.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنَّ للأبِ ولايةَ الحفظِ في مال الغائبِ، ألا ترى أنَّ للوصيِّ ذلك، فالأبُ أولى لِوفُورِ شَفقتِهِ، وبيعُ المنقولِ من بابِ الحِفظِ، ولا كذلك العقارُ؛ لأنَّها مُحصَّنة بنفسِها، وبخلافِ غيرِ الأبِ من الأقاربِ؛ لأنَّه لا ولايةَ لهم أصلاً في التَّصرُّفِ حالةَ الصِّغرِ، ولا في الحِفْظِ بعدَ الكِبَر.

وإذا جاز بيعُ الأبِ والثَّمنُ من جنسِ حقِّه - وهو النَّفقة - فله الاستيفاءُ منه، كما لو باع العقارَ والمنقولَ على الصَّغيرِ، جازَ لكمالِ الولايةِ، ثمَّ له أن يأخذَ منه بنفقتِهِ؛ لأنَّه من جنسِ حقِّهِ.

(وإنْ كان لِلابنِ الغائِبِ مالٌ في يَدِ أبَوَيهِ وأنفقَا مِنهُ لَمْ يَضْمَنا)؛ لأنَّهما استوفيا حقَّهما؛ لأنَّ نفقتَهُما واجبةٌ قبلَ القضاءِ على ما مَرَّ، وقد أخذا جِنسَ الحَقِّ.

(وإنْ كانَ لَهُ مالٌ في يَدِ أجنَبِيٍّ فَأنْفَقَ عَلَيهما بِغَيرِ إذنْ القاضِي ضَمِنَ)؛ لأنَّه تَصرَّفَ في مالِ الغيرِ بغيرِ وِلايةٍ؛ لأنَّه نائبٌ في الحفظِ لا غير، بخلافِ ما إذا أمَرَه القاضي؛ لأنَّ أمْرَهُ مُلزِمٌ لِعُموم ولايتِهِ. وإذا ضَمِنَ لا يَرجِعُ على القابِضِ؛ لأنَّه مَلَكَه بالضَّمانِ، فظَهر أنَّه كان مُتبرِّعاً به.

---

(١) يريد ما تقدَّم في ص (٢٧٩) من قوله: «ولا يقضي بنفقة في مال غائب إلا لهؤلاء» إلى قوله: «ولهذا كان لهم أن يأخذوا قبل القضاء، فكان قضاء القاضي إعانة لهم».

وإذا قَضَى القاضي لِلوَلَدِ والوالِدَينِ وذَوِي الأرحامِ بِالنَّفَقَةِ، فَمَضَتْ مُدَّةٌ سَقَطَتْ إلَّا أنْ يَأذَنَ القاضِي بِالاستِدانَةِ عليهِ.

فصل

وعلى المَولَى أنْ يُنْفِقَ على أمَتِهِ وعَبْدِهِ: ....

(وإذا قَضَى القاضي لِلوَلَدِ والوالِدَينِ وذَوِي الأرحامِ بِالنَّفَقَةِ، فَمَضَتْ مُدَّةٌ سَقَطَتْ)؛ لأنَّ نفقةَ هؤلاءِ تجبُ كفايةً للحاجةِ، حتَّى لا تجبُ مع اليسارِ، وقد حصلت بمُضيِّ المُدَّة، بخلاف نفقةِ الزَّوجةِ إذا قَضى بها القاضي؛ لأنَّها تجبُ مع يسارِها، فلا تَسقُطُ بحصولِ الاستغناء فيما مضى.

قال: (إلَّا أنْ يَأذَنَ القاضِي بِالاستِدانَةِ عليهِ)؛ لأنَّ القاضي له ولايةٌ عامَّةٌ، فصار إذنُهُ كأمرِ الغائبِ، فيصيرُ ديناً في ذِمَّته، فلا تسقُطُ بمضيِّ المُدَّة، والله تعالى أعلم بالصَّواب.

(فصل)

النفقة على الأمة والعبد

(وعلى المَولَى أنْ يُنْفِقَ على أمَتِهِ وعَبْدِهِ)؛ لقوله ﷺ في المماليك: «إنَّهم إخوانُكم، جَعَلَهم اللهُ تعالى تحت أيديكم، أطعِمُوهم ممَّا تأكلُون، وألبِسُوهم ممَّا تَلبَسُون، ولا تُعذِّبوا عبادَ الله[1]».

---

(١) أخرج البخاري في الأدب، باب: ما يُنهى من السِّبابِ واللَّعن (٥٧٠٣)، ومسلم في الأيمان، باب: إطعام المملوك مما يأكل وإلباسه مما يلبس ولا يكلفه ما يغلبه (١٦٦١) عن المَعرورِ بنِ سُوَيد قال: مَرَرنا بأبي ذرٍّ بالرَّبذة وعليه بُرْدٌ وعلى غلامِهِ مِثلُهُ فقلنا: يا أبا ذر، لو جمعتَ بينهما كانت حُلَّة، فقال: إنَّه كان بيني وبين الرَّجلِ من إخوتي كلامٌ، وكانت أمُّه أعجميَّةً فعيَّرتُهُ بأمِّهِ، فشكاني إلى النَّبيِّ ﷺ، فلقيتُ النَّبيَّ ﷺ فقال: «يا أبا ذر إنَّكَ امرؤٌ فيكَ جاهليَّةٌ»، قلت: يا رسولَ اللهِ مَن سَبَّ الرِّجالَ سَبُّوا أباه وأمَّه، قال: «يا أبا ذَرٍّ، إنَّك امرؤٌ فيكَ جاهليَّةٌ، هم إخوانُكُم جَعَلَهم اللهُ تحتَ أيديهم، فأطعِمُوهُم مِمَّا تأكلون، وألبِسُوهُم مِمَّا تَلبَسُون، ولا تُكلِّفُوهم ما يَغلبُهُم فإنْ كَلَّفتُمُوهم فأعِينُوهم»، واللفظُ لمسلم.

=

فإنِ امتَنَعَ وكانَ لَهُما كَسْبٌ اكتَسَبا وأنْفَقا، وإنْ لَمْ يَكُنْ لهما كَسْبٌ أُجبِرَ المَولَى على بَيْعِهما.

(فإنِ امتَنَعَ وكانَ لَهُما كَسْبٌ اكتَسَبا وأنْفَقا)؛ لأنَّ فيه نظراً للجانبين، حتَّى يبقى المملوكُ حيَّاً ويبقى فيه مِلكُ المالك، (وإنْ لَمْ يَكُنْ لهما كَسْبٌ)، بأنْ كان عبداً زَمِناً أو جاريةً لا يُؤاجَرُ مِثلُها، (أُجبِرَ المَولَى على بَيْعِهما)؛ لأنهما من أهل الاستحقاقِ، وفي البيعِ إيفاءُ حقِّهما وإبقاءُ حقِّ المولى بالخَلَف، بخلافِ نفقةِ الزَّوجةِ؛ لأنَّها تصيرُ ديناً فكان تأخيراً على ما ذكرنا[1]، ونفقةُ المَملوكِ لا تصيرُ ديناً فكان إبطالاً.

وبخلافِ سائرِ الحيواناتِ؛ لأنَّها ليست من أهلِ الاستحقاقِ، فلا يُجبَرُ على نَفَقتِها، إلَّا أنَّه يُؤمَرُ به فيما بينه وبين اللهِ تعالى؛ لأنَّه ﷺ نهى عن تعذيبِ الحيوان[2]، وفيه ذلك، ونهى عن إضاعة المال[3]، وفيه إضاعتُهُ.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ: أنه يُجبَر، والأصحُّ ما قلنا، والله أعلم.



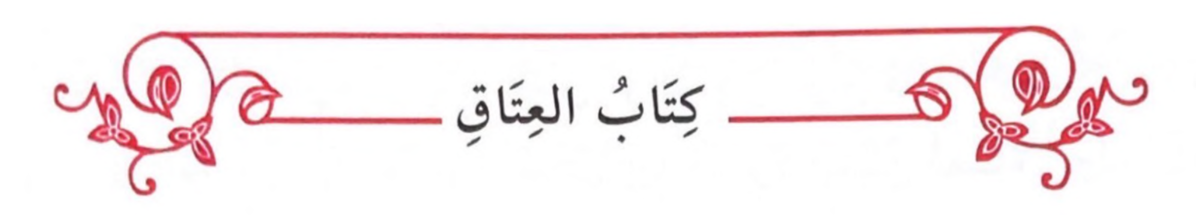
= وأخرجه أبو داود في الأدب، باب: في حق المملوك (٥١٥٧)، وفيه: «إنَّهم إخوانُكُم فضَّلَكُم اللهُ عليهم، فمَنْ لم يُلائِمْكُم فَبِيعُوه، ولا تُعذِّبوا خَلْقَ الله».

(١) أشار به إلى قوله: «بخلاف نفقة الزوجة إذا قضى بها القاضي؛ لأنها تجب عليه مع يسارها، فلا تسقط.

(٢) انظر تخريجَ الحديثِ السَّابق.

(٣) أخرج البخاري في الاستقراض وأداء الديون، باب: ما ينهى عن إضاعة المال (٢٢٧٧)، ومسلم في الأقضية، باب: النهي عن كثرة المسائل من غير حاجة (٥٩٣) عن المغيرة بن شعبة قال: قال النَّبيُّ ﷺ: «إنَّ اللهَ حرَّمَ عليكم عقوقَ الأمَّهاتِ، ووأدَ البناتِ، ومَنْعَ وهات. وكَرِهَ لكم قيل وقال، وكَثْرَةَ السُّؤالِ، وإضاعةَ المالِ».

كتاب العتاق



كِتَابُ العِتَاقِ

والإعتاقُ تَصَرُّفٌ مَنْدُوبٌ إليه، قال ﷺ: «أيُّما مسلم أعتقَ مُؤمِناً أعتَقَ اللهُ بِكُلِّ عُضوٍ منه عُضواً من النَّار»، العِتْقُ يَصِحُّ مِنَ الحُرِّ البالغِ العاقِلِ في مِلكِهِ. . . . .

(كتاب العتاق[1])

(والإعتاقُ تَصَرُّفٌ مَندُوبٌ إليه، قال ﷺ: «أيُّما مسلم أعتقَ مُؤمِناً أعتَقَ اللهُ بِكُلِّ عُضوٍ منه عُضواً من النَّار[2]»)، ولهذا استحبُّوا أنْ يَعتِقَ الرَّجلُ العبدَ والمرأةُ الأمةَ؛ لِيَتحقَّقَ مقابلَةُ الأعضاءِ بالأعضاءِ.

قال رضي الله عنه: (العِتْقُ يَصِحُّ مِنَ الحُرِّ البالغِ العاقِلِ في مِلكِهِ).

شَرَط الحرِّيَّةَ؛ لأنَّ العِتقَ لا يَصحُّ إلَّا في مِلكٍ، ولا مِلكَ لِلمَملوكِ.

والبلوغَ؛ لأنَّ الصَّبيَّ ليس من أهلِهِ؛ لكونِهِ ضَرَراً ظاهِراً، ولهذا لا يَملِكُهُ الوليُّ عليه.

والعقلَ؛ لأنَّ المجنونَ ليس بأهلٍ للتَّصرُّفِ، ولهذا لو قال البالغُ: «أعتقتُ وأنا صبيٌّ» فالقولُ قولُهُ، وكذا إذا قال المُعتِقُ: «أعتقتُ وأنا مجنونٌ» وجنونُهُ كان ظاهراً؛ لِوجُودِ الإسنادِ إلى حالةٍ مُنافيةٍ. وكذا لو قال الصَّبيُّ: «كلُّ مملوكٍ أمْلِكه فهو حُرٌّ إذا احتَلَمتُ» لا يصحُّ؛ لأنَّه ليس بأهلٍ لِقَولٍ مُلزِمٍ.

---

(١) العتق لغةً: القوَّة، يقال: «عَتَقَ الفرخُ» إذا قَوِي وطارَ عن وُكرِه.
وشرعاً: قوَّةٌ حكميَّةٌ يصيرُ المرءُ بها أهلاً للشَّهادةِ والولايةِ والقضاءِ. عناية.

(٢) أخرجه الأئمَّةُ السِّتَّةُ في كتُبِهِم، وهو عند البخاري في العتق، باب: ما جاء في العتق وفضله (٢٣٨١)، ومسلم في العتق، باب: فضل العتق (١٥٠٩) عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال النَّبيُّ ﷺ: «أيُّما رجلٍ أعتَقَ امرأً مُسلِماً استَنقَذَ الله بكلِّ عضوٍ منه عضواً منه من النَّار».

وإذا قال لِعَبْدِهِ أو أَمَتِهِ: «أنتَ حُرٌّ» أو «مُعْتَقٌ» أو «عَتِيقٌ» أو «مُحَرَّرٌ» أو «قد حَرَّرْتُكَ» أو «قَدْ أعتَقْتُكَ» فَقَدْ عَتَقَ، نَوَى بِهِ العِتقَ أو لَمْ يَنْوِ. ولَوْ قال: «عَنَيتُ بِهِ الإخبارَ الباطِلَ»، أو «أنَّهُ حُرٌّ مِنَ العَمَلِ» صُدِّقَ دِيانَةً، ولا يُدَيَّنُ قَضاءً. ولو قال لَهُ: «يا حُرُّ، يا عَتِيقُ» يَعتِقُ، ....

ولا بدَّ أن يكون العبدُ في مِلكِهِ، حتَّى لو أعتَقَ عبدَ غيرِهِ لا يَنفُذُ عِتقُه؛ لقوله ﷺ: «لا عِتقَ فيما لا يَملِكُه ابنُ آدم[1]».

(وإذا قال لِعَبْدِهِ أو أَمَتِهِ: «أنتَ حُرٌّ، أو مُعْتَقٌ، أو عَتِيقٌ، أو مُحَرَّرٌ، أو قد حَرَّرْتُكَ، أو قَدْ أعتَقْتُكَ» فَقَدْ عَتَقَ نَوَى بِهِ العِتْقَ أو لَمْ يَنْوِ)؛ لأنَّ هذه الألفاظَ صريحةٌ فيه؛ لأنَّها مُستعمَلةٌ فيه شرعاً وعرفاً، فأغنى ذلك عن النِّيَّة، والوَضْعُ وإن كان في الإخبارِ[2] فقد جُعِلَ إنشاءً في التَّصرُّفاتِ الشَّرعيَّةِ للحاجةِ، كما في الطَّلاقِ والبيعِ وغيرهما.

(ولَوْ قال: «عَنَيتُ بِهِ الإخبارَ الباطِلَ، أو أنَّهُ حُرٌّ مِنَ العَمَلِ» صُدِّقَ دِيانَةً)؛ لأنَّه يَحتمِلُه، (ولا يُدَيَّنُ قَضاءً)؛ لأنَّه خلافُ الظَّاهرِ.

(ولو قال لَهُ: «يا حُرُّ، يا عَتِيقُ» يَعتِقُ)؛ لأنَّه نداءٌ بما هو صريحٌ في العِتقِ، وهو لاستحضارِ المُنادى بالوَصفِ المذكورِ، هذا هو حقيقتُهُ، فيقتضي تَحقُّقَ الوصفِ فيه، وأنَّه يَثبُت من جهته، فَيُقضى بِثُبوتِهِ تصديقاً له فيما أخبَرَ، وسَنقرِّره

---

(١) أخرج الترمذي في الطلاق، باب: ما جاء لا طلاق قبل النكاح (١١٨١) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدِّه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا نَذْرَ لابنِ آدَمَ فيما لا يَملِكُ، ولا عِتقَ له فيما لا يَملِكُ، ولا طَلاقَ له فيما لا يَملِكُ».
قال: وفي الباب عن علي و معاذ بن جبل و جابر و ابن عباس و عائشة. قال أبو عيسى: حديثُ عبد الله بن عمرو حديث حسن صحيح.

(٢) أي: وإن كانت هذه الألفاظ في الأصل موضوعة للإخبار، إلا أنَّها جعلت إنشاءً في التصرُّفات الشَّرعية لحاجة الناس.

وكذا لو قال: «رأسُكَ حُرٌّ» أو «وَجْهُكَ» أو «رَقَبَتُكَ» أو «بَدَنُكَ»، أو قال لأمَتِهِ: «فَرْجُكِ حُرٌّ»، وإنْ أضافَهُ إلى جُزْءٍ شائِعٍ يَقَعُ في ذلك الجُزْءِ. ولو قال: «لا مِلْكَ لي عَلَيكَ»، ونَوَى به الحُرِّيَّةَ عَتَق، وإنْ لَمْ يَنْوِ لَمْ يَعْتِقْ، ....

من بعد إن شاء الله تعالى[1]، إلَّا إذا سمَّاه «حُرّاً»، ثمَّ ناداه «يا حُرُّ»؛ لأنَّ مُرادَهُ الإعلامُ باسمِ عَلَمِه، وهو ما لقَّبه به، ولو نداه بالفارسيَّة «يا آزاد»، وقد لقَّبه بالحُرِّ، قالوا: يَعتِقُ، وكذا عكسُهُ؛ لأنَّه ليس بنداءٍ باسمِ عَلَمِه، فيُعتَبَر إخباراً عن الوَصفِ.

(وكذا لو قال: «رأسُكَ حُرٌّ، أو وَجْهُكَ، أو رَقَبَتُكَ، أو بَدَنُكَ»، أو قال لأمَتِهِ: «فَرْجُكِ حُرٌّ»)؛ لأنَّ هذه الألفاظَ يُعبَّرُ بها عن جَميعِ البدنِ، وقد مَرَّ في الطَّلاق.

(وإنْ أضافَهُ إلى جُزْءٍ شائِعٍ يَقَعُ في ذلك الجُزْءِ[2])، وسيأتيك الاختلافُ فيه إن شاءَ اللهُ تعالى، وإنْ أضافَهُ إلى جُزْءٍ معيَّنٍ لا يُعبَّرُ به عن الجملة، كاليد والرِّجلِ، لا يَقَعُ عندنا، خلافاً للشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللهُ[3]، والكلامُ فيه كالكلامِ في الطَّلاق، وقد بيَّنَّاه.

(ولو قال: «لا مِلْكَ لي عَليكَ»، ونَوَى به الحُرِّيَّةَ عَتَقَ، وإنْ لَمْ يَنْوِ لَمْ يَعْتِقْ)؛ لأنَّه يَحتمِلُ أنَّه أراد «لا مِلكَ لي عليكَ لأنِّي بِعتُكَ»، ويَحتمِلُ «لأنِّي أعتقتُكَ»، فلا يَتعيَّنُ أحَدُهما مراداً إلَّا بالنِّيَّة.

---

(١) أي: مسألة «يا ابني، يا أخي»، انظر ص (٣٠٠).

(٢) أي: يقع العتق في ذلك الجزء الشائع، ثمَّ يسري إلى الجميع.

(٣) قال النووي في الروضة (٨/ ٣٨٤) دار الكتب العلمية: مَن أعتَقَ بعضَ مَملوكٍ، فإمَّا أن يكونَ باقيه له أو لغيره.
الحالة الأولى: أن يكونَ له، فَيَعتقُ كلُّه كما في الطلاق، سواءٌ الموسِرُ والمُعسِرُ. ولو أضاف إلى عضو معيَّنٍ، كيدٍ، ورجلٍ، عَتَقَ كلُّه، كالطلاق.
والثاني: يقعُ على الجميع دفعةً، ويكون إعتاقُ البعضِ عبارةً عن إعتاقِ الكلِّ. اهـ مختصراً.

وكذا كناياتُ العِتْقِ، ولو قال: «لا سُلطانَ لي عَليكَ» ونَوى العِتقَ لَمْ يَعتِقْ، ولو قال: «هذا ابني» وثَبَتَ على ذلكَ عَتَقَ، ....

قال: (وكذا كناياتُ العِتْقِ[(١)])، وذلك مِثلُ قوله: «خَرَجتَ مِنْ مِلكي، ولا سبيلَ لي عليكَ، ولا رِقَّ لي عليكَ، وقد خَلَّيتُ سبيلَكَ»؛ لأنَّه يَحتمِلُ نَفْيَ السَّبيلِ والخُروجَ عن المِلْك، وتَخليةَ السَّبيلِ بالبيعِ أو الكتابةِ، كما يَحتمِل بالعتقِ، فلا بدَّ من النِّيَّة.

وكذا قولُهُ لأمتِهِ: «قد أطلقتُكِ»؛ لأنَّه بمنزلة قوله: «خلَّيتُ سبيلَكِ»، وهو المَرويُّ عن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ، بخلافِ قوله: «طلَّقتُك»[(٢)] على ما نُبيِّن من بعد إن شاء الله تعالى.

(ولو قال: «لا سُلطانَ لي عَليكَ» ونَوى العِتقَ لَمْ يَعتِقْ)؛ لأنَّ السُّلطانَ عبارةٌ عن اليدِ، وسُمِّي السُّلطانُ به[(٣)] لقيام يدِهِ، وقد يَبقَى المِلكُ دونَ اليدِ كما في المُكاتَبِ، بخلافِ قوله: «لا سبيلَ لي عليكَ»؛ لأنَّ نَفْيَه مُطلَقاً بانتفاءِ المِلكِ؛ لأنَّ لِلمَولى على المكاتَبِ سبيلاً، فلهذا يَحتمِلُ العِتقَ.

(ولو قال: «هذا ابني» وثَبَتَ على ذلكَ عَتَقَ)، ومعنى المسألةِ إذا كان يُولَد مِثلُهُ لِمثلِهِ، فإن كان لا يُولَدُ مثلُهُ لمثلِهِ ذَكَرَه بعد هذا.

ثمَّ إن لم يكن للعبدِ نسَبٌ معروفٌ يَثبُت نسبُهُ منه؛ لأنَّ وِلايةَ الدَّعوةِ بالمِلكِ ثابتةٌ، والعبدُ مُحتاجٌ إلى النَّسبِ، فيثبُتُ نسبُهُ منه، وإذا ثبَتَ عتَقَ؛ لأنَّه يَستنِدُ النَّسبُ إلى وَقتِ العُلُوقِ.

---

(١) أي: وكذا يقع العتقُ بكنايات العتق إذا وُجدت النِّيَّةُ.

(٢) فإنَّها لا تَعتِق؛ لأنَّه صار صريحاً في الطَّلاق عن النِّكاح، فلا يثبت به العتقُ، على ما يأتي بيانُه إن شاء الله، عند قوله: «وإن قال لأمته: أنت طالق» انظر ص (٣٠٣).

(٣) قوله: «به» أي: بالسلطان، أي: سمِّي السُّلطانُ سلطاناً.

ولو قال: «هذا مَولاي» أو «يا مَوْلاي» عَتَقَ، ....

وإنْ كان له نسَبٌ معروفٌ لا يَثبُت نسبُهُ منه للتَّعذُّر، ويَعتِقُ إعمالاً للَّفظ في مَجازِهِ عند تَعذُّرِ إعمالِهِ بحقيقتِهِ. ووجهُ المجازِ نَذكرُهُ من بعد إن شاء الله تعالى[1].

(ولو قال: «هذا مَولاي، أو يا مَوْلاي» عَتَقَ):

أمَّا الأوَّل: فلأنَّ اسمَ المَولَى وإن كان يَنتظِمُ النَّاصرَ وابنَ العمِّ والمُوالاةَ في الدِّينِ والأعلى والأسفَل في العَتاقةِ[2]، إلَّا أنَّه تعيَّن الأسفلُ فصارَ كاسمٍ خاصٍّ له، وهذا لأنَّ المَولى لا يَستنصِرُ بِمَملوكِهِ عادَةً، وللعبدِ نسَبٌ معروفٌ[3]، فانتفى الأوَّل[4] والثَّاني[5]، والثَّالثُ نوعُ مجازٍ، والكلامُ للحقيقةِ، والإضافةُ إلى العبدِ تُنافي كونَهُ مُعتِقاً، فتعيَّنَ المَولَى الأسفَلَ، فالتَحَقَ بالصَّريح.

وكذا إذا قال لأمَتِهِ: «هذه مَولاتي»؛ لِما بيَّنَّا.

ولو قال: «عنيتُ به المَولَى في الدِّين، أو الكذِبَ»، يُصدَّق فيما بينه وبين الله تعالى، ولا يُصدَّق في القضاءِ لِمُخالفته الظَّاهر.

وأمَّا الثَّاني: فلأنَّه لمَّا تعيَّنَ الأسفلُ مُراداً التحقَ بالصَّريحِ، وبالنِّداءِ باللَّفظِ الصَّريحِ يَعتِقُ، بأن قال: «يا حُرُّ، يا عتيقُ»، فكذا النِّداءُ بهذا اللَّفظ .

وقال زفر رحمه الله: لا يَعتِقُ في الثَّاني؛ لأنَّه يَقصِدُ به الإكرامَ، بمنزلة قوله: «يا سيِّدي، يا مالِكِي».

---

(١) يعني: عند بيانِ الدَّليل لأبي حنيفة في قوله: «وإن قال لغلام لا يولد مثله ...» انظر ص (٣٠١).

(٢) المولى الأعلى في العتاقة هو الذي يُعتِق، والمولى الأسفل هو المعتَقُ.

(٣) أي: فلا يحتمل أنَّه أراد به ابن العمِّ.

(٤) وهو حمل قوله: «هذا مولاي، يا مولاي» على النَّاصر.

(٥) أي: وانتفى الثاني، وهو حَملُه على ابن العم.

ولو قال: «يا ابني» أو «يا أخي» لم يَعتِقْ، ولو قال: «يا ابنُ» لا يَعتِقُ، وكذا إذا قال: «يا بُنَيَّ» أو «يا بُنيَّةَ»، ....

قلنا: الكلامُ لحقيقتِهِ وقد أمكَنَ العملُ به، بخلافِ ما ذَكَرَه[1]؛ لأنَّه ليس فيه ما يَختَصُّ بالعِتقِ، فكان إكراماً مَحْضاً.

(ولو قال: «يا ابني، أو يا أخي» لم يَعتِقْ)؛ لأنَّ النِّداءَ لإعلامِ المُنادَى، إلَّا أنَّه إذا كان بِوَصفٍ يُمكِنُ إثباتُهُ من جهتِهِ، كان لِتَحقيقِ ذلك الوَصفِ في المُنادَى استحضاراً له بالوَصفِ المخصوص، كما في قوله: «يا حرُّ» على ما بيَّنَّاه[2].

وإذا كان النِّداءُ بِوَصفٍ لا يُمكِنُ إثباتُهُ من جِهَتِهِ، كان للإعلامِ المُجرَّدِ دونَ تحقيقِ الوَصفِ فيه لِتعَذُّرِهِ، والبُنوَّةُ لا يُمكِنُ إثباتُها حالةَ النِّداءِ من جهتِهِ؛ لأنَّه لوِ انخَلَقَ من ماءِ غيرِهِ لا يكونُ ابناً له بهذا النِّداءِ، فكان لِمُجرَّدِ الإعلامِ.

ويُروى عن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ شاذّاً أنَّه يَعتِقُ فيهما، والاعتمادُ على الظَّاهر.

(ولو قال: «يا ابنُ» لا يَعتِقُ)؛ لأنَّ الأمرَ كما أخبَرَ، فإنَّه ابنُ أبيه.

(وكذا إذا قال: «يا بُنَيَّ، أو يا بُنيَّةَ»)؛ لأنَّه تَصغيرُ الابنِ والبنتِ من غير إضافةٍ، والأمرُ كما أخبر.

---

(١) يعني: قوله: «يا سيِّدي، يا مالكي» لأنَّه ليس فيه ما يَختَصُّ بالعتق، معناه: أنَّ معنى قوله: «يا مولاي» يا مَن عليه وَلاءُ العَتاقةِ، حيثُ تعيَّنَ الأسفَلُ مُراداً، فيَثبُتُ بهذا القولِ ما يَختَصُّ بالعتقِ، وهو الوَلاء، وهو يقتضي سابِقَةَ العِتقِ، بخلاف قوله: «يا سيدي، يا مالكي» فإنَّ معناه: يا مَن له السِّيادةُ والمِلكُ علَيَّ، ولم يَثبُتُ به شيءٌ يَختَصُّ بالعِتقِ، فيُحمَلُ على المَجازِ، وهو الإكرامُ والتَّلطُّف. عناية.

(٢) يعني عند قوله: ولو قال لَهُ: «يا حُرُّ، يا عَتيقُ ...» انظر ص (٢٩٦).

وإنْ قالَ لِغُلامٍ لا يُولَدُ مِثلُهُ لِمِثْلِهِ: «هذا ابني»، عَتَقَ عند أبي حنيفة، ....

(وإنْ قالَ لِغُلامٍ لا يُولَدُ مِثلُهُ لِمِثْلِهِ: «هذا ابني»، عَتَقَ عند أبي حنيفة)، وقالا: «لا يَعتِقُ»، وهو قولُ الشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللهُ[1].

لهم: أنَّه كلامٌ مُحالُ الحقيقةِ، فَيُردُّ ويَلغُو، كقوله: «أعتقتُكَ قبلَ أن أُخلَقَ، أو قبلَ أن تُخلَق».

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ: أنَّه كلامٌ مُحالٌ بِحَقيقتِهِ، لكنَّه صحيحٌ بِمَجازِهِ؛ لأنَّه إخبارٌ عن حُرِّيَّتِهِ من حينِ مَلَكَه، وهذا لأنَّ البُنوَّةَ في المَملُوكِ سببٌ لحرِّيَّتِهِ[2]، إمَّا إجماعاً أو صلةً لِلقَرابةِ، وإطلاقُ السَّببِ وإرادةُ المُسبَّب مُستَجازٌ في اللُّغةِ تَجوُّزاً، ولأنَّ الحُرِّيَّةَ لازمةٌ للبنوَّةِ في المَملوك، والمشابَهةُ في وصفٍ ملازمٍ من طُرُقِ المَجازِ على ما عُرِف، فَيُحمَلُ عليه تَحرُّزاً عن الإلغاءِ.

بخلافِ ما استُشهِدَ به[3] لأنَّه لا وجهَ له في المَجاز فتعيَّنَ الإلغاءُ.

وهذا بخلاف ما إذا قال لغيره: «قطعتُ يَدَكَ»، فأخرَجَهُما صَحِيحَتَينِ، حيثُ لم يُجعَلْ مجازاً عن الإقرارِ بالمالِ والتزامِهِ، وإنْ كان القَطعُ سبباً لِوُجوبِ المالِ؛ لأنَّ القَطعَ خطأً سببٌ لِوُجوبِ مالٍ مَخصوصٍ، وهو الأرشُ، وأنَّه[4] يُخالف مُطلقَ المالِ في الوَصْفِ، حتَّى وَجَبَ على العاقلةِ في سَنَتَين، ولا يُمكِنُ إثباتُهُ بدونِ القَطعِ،

---

(١) قال النووي في الروضة (٨/ ٤٢٠) الكتب العلمية: قال لعبده: «أنت ابني» ومثلُه يجوزُ أن يكونَ ابناً له، ثبَتَ نسبه، وعتَقَ إن كان صغيراً، أو بالغاً وصدَّقه، وإن كذَّبه عتق أيضاً وإن لم يثبت النَّسب. وإن لم يُمكِن كونُه ابنَهُ، بأن كان أصغَرَ منه على حدٍّ لا يُتصوَّرُ كونُهُ ابنَهَ، لَغَا قولُهُ ولم يَعتِق، لأنَّه ذكَرَ مُحالاً، هذا في مَجهولِ النَّسب، فإن كان معروفَ النَّسبِ من غيره لم يلحقه، لكن يَعتِقُ على الأصحِّ لِتَضمُّنِه الإقرارَ بحرِّيَّته. اهـ.

(٢) لأنَّه لا تُوجَدُ البنوَّةُ في المَملوكِ إلَّا وقد وُجِدت الحرِّيَّةُ معها؛ فَذِكرُ الملزومِ وإرادةُ اللازمِ، وذكرُ السَّببِ وإرادةُ المسبَّبِ، طريقٌ من طرُقِ المجازِ. بناية.

(٣) وهو قوله: «أعتقتك من قبل أن أخلق».

(٤) أي: المالُ المَخصوصُ.

وما أمكن[١] إثباتُهُ فالقَطعُ ليس بسببٍ له.

أمَّا الحرِّيَّةُ فلا تَختلِفُ ذاتاً وحُكماً[٢]، فأمكَنَ جعلُهُ[٣] مجازاً عنه.

ولو قال: «هذا أبي أو أمي» ومِثلُه لا يُولَدُ لِمِثلِهما، فهو على الخلافِ لِما بيَّنَّا.

ولو قال لصبيٍّ صغيرٍ: «هذا جَدِّي»، قيل: هو على الخلاف. وقيل: لا يَعتِقُ بالإجماعِ؛ لأنَّ هذا الكلامَ لا مُوجِبَ له في المِلك إلَّا بواسطةٍ - وهو الأب - وهي غيرُ ثابتةٍ في كلامِهِ، فتعذَّرَ أن يُجعَلَ مَجازاً عن المُوجِبِ، بخلافِ الأبوَّةِ والبُنوَّةِ؛ لأنَّ لهما مُوجِباً في المِلكِ من غيرِ واسطةٍ[٤].

ولو قال: «هذا أخي» لا يَعتِقُ في ظاهرِ الرِّوايةِ، وعن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ يَعتِقُ، ووَجْهُ الرِّوايتين ما بيَّنَّاه[٥].

ولو قال لعبده: «هذا ابني»، فقد قيل: على الخلافِ، وقيل: هو بالإجماعِ؛ لأنَّ المُشارَ إليه ليس من جِنسِ المُسمَّى، فتعلَّقَ الحكمُ بالمُسمَّى، وهو مَعدُومٌ، فلا يُعتَبَرُ، وقد حققَّناه في النكاح[٦].

---

(١) أي: والذي أمكن إثباته، وهو عبارة عن مطلق المال.

(٢) معناه: الحرِّيَّةُ التي جعلنا قوله: «هذا ابني»، وهي الحرِّيَّةُ من حينِ مَلَكَ مجازاً عنها، لا تختلف ذاتاً، وهو زوالُ الرِّقِّ، ولا حُكماً وهو صلاحيَّتُهُ للقضاءِ والشَّهادةِ والولاياتِ كلِّها. عناية.

(٣) أي: جَعلُ قولِهِ: «هذا ابني» مجازاً عن الحرِّيَّةِ على تأويلِ العتق. عناية.

(٤) أي: فيُجعَلانِ مجازاً عن الحرِّيَّةِ. ولو كان يولَدُ مِثلُهُ لِمثلِهما، وصدَّقاهُ، ثبتَ ذلك وعتقا عليه. بناية.

(٥) أمَّا وجهُ روايةِ العتق: فما ذَكَرَه بقوله: «وهذا لأنَّ البُنوَّةَ في المَملُوكِ سببُ الحرِّيَّةِ» إلخ، فكذلك هاهنا الأخوَّةُ في المِلكِ تُوجِبُ العِتقَ.
وأمَّا وجهُ روايةِ عدَمِ العِتقِ: فَلِقولِهِ في مسألة الجَدِّ: «لأنَّ هذا الكلامَ لا مُوجِبَ له في المِلكَ إلا بِواسطةٍ»، وكذلك هاهنا الأخوَّةُ لا تكونُ إلَّا بواسطةِ الأبِ أو الأمِّ؛ لأنَّها عبارةٌ عن مُجاورةٍ في صُلبٍ أو رَحِمٍ، وهذه الواسطة غيرُ مذكورةٍ، ولا مُوجِبَ لهذه الكلمةِ بِدُونِ هذه الواسطة. عناية.

(٦) انظر باب المهر، عند قوله: «فإن تزوَّج امرأة على هذا الدن ... فلها مهر مثلها» ص (٥٠).

وإنْ قال لأَمَتِهِ: «أنتِ طالِقٌ» أو «بائنٌ» أو «تَخَمَّرِي» ونَوَى به العِتْقَ لَمْ تَعتِقْ، ...

(وإنْ قال لأَمَتِهِ: «أنتِ طالِقٌ، أو بائنٌ، أو تَخَمَّرِي» ونَوَى به العِتْقَ لَمْ تَعتِقْ).

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ[١]: تَعتِقُ إذا نوى، وكذا على هذا الخلافِ سائرُ ألفاظِ الصَّريحِ والكنايةِ على ما قال مشايخُهُم رَحِمَهُمُ اللهُ.

له: أنَّه نوى ما يَحتمِلُهُ لفظُهُ؛ لأنَّ بين المِلكَينِ مُوافقةً، إذْ كلُّ واحدٍ منهما مِلكُ العَينِ، أمَّا مِلكُ اليمين فظاهرٌ، وكذلك مِلكُ النِّكاح في حُكمِ مِلك العَينِ، حتَّى كان التَّأبيدُ من شَرطِهِ والتَّأقيتُ مُبطِلاً له[٢].

وعَملُ اللَّفظينِ في إسقاطِ ما هو حقُّه[٣] وهو المِلكُ، ولهذا[٤] يصحُّ التَّعليقُ فيه بالشَّرط.

---

(١) قال النووي في الروضة (٨/ ٣٨١) الكتب العلمية: يصحُّ العِتقُ بالصَّريحِ والكنايةِ:
- أمَّا الصَّريحُ، فالتَّحريرُ والإعتاقُ صريحان، فإذا قال له: أنت حرٌّ، أو محرَّرٌ، أو أحررتك، أو أنت عتيق، أو معتَقٌ، أو أعتقتك، عَتَق وإن لم يَنوِ.
- والكنايةُ كقوله: لا مِلكَ لي عليك، أو لا سبيل، أو لا سلطان، أو لا يَدَ، أو لا أمر، أو لا خدمة، أو أزلتُ ملكي عنك، أو حرَّمتكِ، أو أنتِ سائبةٌ، وصرائحُ الطَّلاقِ وكناياتُهُ كلُّها كناياتٌ في العتق. اهـ.

(٢) بيانه: مِلكُ النِّكاح في حُكمِ مِلك العَين شرعاً، لا مِلكِ المنفعةِ لِتَرتُّب لازمِ مِلكِ العينِ شرعاً عليه، وهو اشتراطُ التَّأبيد له كما في البيع، ولانتفاءِ لازمِ مِلكِ المنفعةِ عنه، وهو التَّوقيتُ، حتَّى إنَّه يبطلُ به، إذ هو لازمُ مِلك المنفعة - أعني: الإجارة -، ويستفاد بكلٍّ منهما مِلكُ الوطء، بخلاف الإجارة. فتح القدير.

(٣) أراد بقوله: «وعملُ ...» الرَّدَّ عما يُقال: «الإعتاق إثباتٌ لأحكام كثيرة كالأهلية والشهادة ...، والطَّلاق إسقاط محض، فأنَّى يُشبه أحدهما الآخر؟».
وقوله: «وعمل ...» مبتدأ وخبر، والتقدير: عملُ اللَّفظين - الطلاق والعتاق - حاصلٌ في إسقاط ما هو حقُّه، وهو المِلك، وعليه كلٌّ من الطَّلاق والإعتاق إسقاط.

(٤) أي: ولأجل كون الإعتاق إسقاطاً.

وإذا قال لِعَبدِهِ: «أنتَ مِثلُ الحُرِّ» لم يَعتِقْ، ولو قال: «ما أنتَ إلَّا حُرٌّ» عَتَقَ، ولو قال: «رأسُكَ رأسُ حُرٍّ» لا يَعتِقُ، ....

أمَّا الأحكامُ[1] فتثبُتُ بسببٍ سابقٍ وهو كونُهُ مكلَّفاً، ولهذا يَصلُحُ لَفظةُ العِتقِ والتَّحريرِ كِنايةً عن الطَّلاقِ، فكذا عكسُه.

ولنا: أنَّه نوى ما لا يَحتمِلُه لفظُهُ[2]؛ لأنَّ الإعتاقَ لغةً إثباتُ القُوَّةِ، والطَّلاقَ رفعُ القيدِ، وهذا لأنَّ العبدَ أُلحِقَ بالجَماداتِ، وبالإعتاقِ يَحيا فيَقدِرُ، ولا كذلك المُنكوحةُ فإنَّها قادرةٌ إلَّا أنَّ قيدَ النِّكاحِ مانعٌ، وبالطَّلاقِ يَرتفِعُ المانعُ فتَظهَرُ القُوَّةُ، ولا خَفاءَ أنَّ الأوَّل[3] أقوى، ولأنَّ مِلكَ اليمينِ فوقَ مِلكِ النِّكاحِ[4]، فكان إسقاطُهُ أقوى، واللَّفظُ يَصلُحُ مجازاً عمَّا هو دونَ حقيقتِهِ لا عمَّا هو فوقَهُ، فلهذا امتَنَعَ في المُتنازَعِ فيه[5]، وانساغ في عكسِهِ.

(وإذا قال لِعَبدِهِ: «أنتَ مِثلُ الحُرِّ» لم يَعتِقْ)؛ لأنَّ المِثلَ يُستعمَلُ للمُشارَكةِ في بعضِ المَعاني عُرفاً، فوقَعَ الشَّكُّ في الحرِّيَّة.

(ولو قال: «ما أنتَ إلَّا حُرٌّ» عَتَقَ)؛ لأنَّ الاستثناءَ من النَّفيِ إثباتٌ على وجهِ التَّأكيدِ، كما في كلمةِ الشَّهادةِ.

(ولو قال: «رأسُكَ رأسُ حُرٍّ» لا يَعتِقُ)؛ لأنَّه تَشبيهٌ بِحَذفِ حَرْفِه.

---

(1) بيانه: أمَّا الأحكامُ التي هي مِلكُ البيعِ والشِّراء والشَّهادة والقضاء وتملُّك الأموال، وهي معنى القوَّة الشَّرعية، فليس العتقُ هو المُثبتُ لها، بل تَثبُتُ بسببٍ سابقٍ على العتق، وهو كونُ العبدِ آدمياً مُكلَّفاً، فإنَّ هذه خصائص الآدميَّة، فالآدميَّةُ مع التَّكليف هي السَّبب، وإنَّما امتنعت بمانعِ الرِّقِّ، وبالعتق يَزولُ المانعُ فيظهرُ أثرُ المُقتَضى. فتح.

(2) لأنَّه لا مناسبة بينهما تُجوِّزُ الاستعارةَ.

(3) وهو الإعتاق.

(4) لأنَّ ملكَ اليمينِ قد يَستلزِمُ مِلكَ المتعةِ إذا صادف الجواري الخاليةَ عمَّا يمنع من الاستمتاعِ بهنَّ، وأمَّا ملكُ النِّكاحِ فلا يستلزمُ ملكَ اليمينِ أصلاً. بناية.

(5) أي: امتنع المجازُ في قوله لأمته: «أنت طالقٌ» ناوياً به العِتقَ.

ولو قال: «رأسُكَ رأسٌ حُرٌّ» عَتَقَ.

فصل

وَمَنْ مَلَكَ ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ عَتَقَ عَلَيهِ. ....

(ولو قال: «رأسُكَ رأسٌ حُرٌّ» عَتَقَ)؛ لأنَّه إثباتُ الحرِّيَّةِ فيه؛ إذِ الرَّأسُ يُعبَّر به عن جميعِ البدَنِ.

(فصل)

في الإعتاق غير الاختياري

(ومَنْ مَلَكَ ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ عتَقَ عَلَيهِ)، وهذا اللَّفظُ مرويٌّ عن النَّبيِّ ﷺ[١]، وقال ﷺ: «مَنْ مَلَك ذا رحم مَحْرم فهو حُرٌّ»[٢]، واللَّفظُ بِعُمومِهِ يَنتظِمُ كلَّ قَرابةٍ مُؤيَّدةٍ[٣] بالمَحرَميَّةِ، وِلاداً أو غيرَه.

والشَّافعيُّ رحمه الله يُخالِفُنا في غيره[٤]، له: أنَّ ثُبوتَ العِتقِ من غيرِ مَرضاةِ المالكِ يَنفيهِ القياسُ، أو لا يَقتضيه، ....

(١) أخرجه النسائي في الكبرى، كتاب ما قذفه البحر، باب: من ملك ذا رحم (٤٨٩٧) من حديث ابن عمر. وقال النسائي: لا نعلم أنَّ أحداً روى هذا الحديثَ عن سفيان غيرُ ضمرة، وهو حديثٌ مُنكَر، والله أعلم.

(٢) أخرجه الترمذي في الأحكام، باب: فمن ملك ذا رحم محرم (١٣٦٥)، وأبو داود في العتق، باب: فيمن ملك ذا رحم محرم (٣٩٤٩)، وابن ماجه في العتق، باب: من ملك ذا رحم محرم فهو حر (٢٥٢٤) من حديث سمرة بن جندب.

(٣) بالياء، آخر الحروف، من التأييد. بناية.

(٤) أي: في غير الولاد. أي: مذهبُه أنَّه لا يعتِقُ في غير قرابةِ الوِلاد.

قال النووي في الروضة (٨/ ٤٠٣) الكتب العلمية: مَن مَلَك أباه، أو أمَّه، أو أحدَ أصولِهِ من الأجدادِ والجَدَّات من جهةِ الأبِ أو الأمِّ، أو مَلَك من أولاده، وأولادِ أولادِهِ وإن سفلوا، عَتَقَ عليه، سواءٌ ملَكَه قهراً بالإرث، أم اختياراً بالشِّراء والهبة وغيرهما، ولا يَعتِقُ غيرُ الأصول والفروع، كالإخوة والأعمامِ والأخوالِ وسائر الأقارب.

والأُخوَّةُ وما يُضاهيها[١] نازلةٌ عن قَرابةِ الوِلادِ[٢]، فامتَنَعَ الإلحاقُ[٣] أو الاستدلالُ به[٤]، ولهذا امتَنَعَ التَّكاتُبُ على المكاتَبِ في غيرِ الوِلادِ، ولم يَمتنِعْ فيه[٥].

ولنا: ما روينا[٦]، ولأنَّه مَلَكَ قريبَهُ قرابةً مُؤثِّرةً في المَحرَميَّةِ فَيعتِقُ عليه، وهذا هو المُؤثِّرُ في الأصل، والوِلادُ مُلغى، لأنَّها[٧] هي التي يُفترَضُ وَصلُها ويَحرُم قَطعُها، حتَّى وجبتِ النَّفقةُ وحَرُم النِّكاحُ، ولا فرقَ بين ما إذا كان المالِكُ مسلماً أو كافراً في دار الإسلامِ؛ لِعُمومِ العِلَّة.

والمُكاتَبُ[٨] إذا اشترى أخاه ومَنْ يَجري مَجراه لا يَتكاتَبُ عليه؛ لأنَّه ليس له مِلكٌ تامٌّ يُقدِرُهُ على الإعتاق، والافتراضُ عند القُدرة[٩]، بخلافِ الوِلادِ لأنَّ العِتقَ فيه من مَقاصدِ الكتابةِ، فامتنَعَ البيعُ، فَيَعتِقُ تحقيقاً لِمَقصودِ العَقدِ.

وعن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّه يُكاتَبُ على الأخ أيضاً - وهو قولهما - فلنا أن نمنع. وهذا بخلافِ ما إذا مَلَك ابنةَ عمِّهِ وهي أختُهُ من الرَّضاعِ؛ لأنَّ المَحرميَّةَ ما ثبتَتْ بالقَرابةِ[١٠].

---

(١) أي: وما يُشابِهُها من قَرابةِ العُمومةِ والخُؤولةِ.

(٢) أي: أدنى درجة من قرابة الولاد.

(٣) أي: كلُّ ما يَنفيهِ القياسُ لا يُلحَق به شيءٌ آخَرُ بالقياس، فَيمتنعُ إلحاقُ قرابةِ الأُخوَّةِ بِقَرابةِ الوِلاد. عناية بتصرف.

(٤) أي: كلُّ ما لا يقتضيه القياسُ لا يَدخلُ غيرُه فيه بالاستدلال - أي: بدلالةِ النَّص - إلَّا إذا كان المُلحَق في معنى الملحَقِ به من كلِّ وجهٍ، وهاهنا ليس كذلك؛ لأنَّ قرابةَ الأخوَّةِ وما يُضاهيها نازلةٌ عن قرابةِ الوِلاد. عناية.

(٥) معناه: إذا مَلَكَ المُكاتَبُ أباه أو ابنَهُ، فهو مكاتَبٌ مثلُه، بخلافِ ما لو ملَكَ أخاه فإنَّه لا يُكاتَب.

(٦) وهو قوله ﷺ: «من ملك ذا رحم محرم فهو حر»، انظر ص (٣٠٥) ت (٢).

(٧) أي: القرابة المؤثِّرة في المحرميَّة.

(٨) جوابٌ عن قوله: «ولهذا امتنع التَّكاتُب على المكاتب في غير الولاد».

(٩) أي: وفرض المسألة عند القدرة.

(١٠) في العناية: هذا جوابُ نَقضٍ إجمالي. تقريرُهُ: لو كان تَملُّكُ ذي الرَّحمِ المَحرَمِ علَّةً لِعِتْقِه على مَن =

وَمَنْ أعتَقَ عَبداً لِوَجْهِ اللهِ تعالى، أو لِلشَّيطانِ، أو لِلصَّنَمِ عَتَقَ. وعِتْقُ المُكْرَهِ والسَّكْرانِ واقِعٌ. وإنْ أضافَ العِتْقَ إلى مِلْكٍ أو شَرْطٍ صَحَّ كما في الطَّلاقِ. وإذا خَرَجَ عَبْدُ الحَرْبيِّ إلينا مُسلِماً عَتَقَ. ....

والصَّبيُّ جُعِلَ أهلاً لهذا العتقِ، وكذا المَجنونُ، حتَّى عَتَق القريبُ عليهما عند المِلكِ؛ لأنَّه تَعلَّقَ به حقُّ العبدِ، فشابَهَ النَّفقةَ.

(ومَنْ أعتَقَ عَبداً لِوَجْهِ اللهِ تعالى، أو لِلشَّيطانِ، أو لِلصَّنَمِ عَتَقَ)؛ لِوُجودِ رُكنِ الإعتاقِ من أهلِهِ في مَحلِّه. ووصفُ القُربةِ في اللَّفظِ الأوَّلِ زيادةٌ، فلا يَختَلُّ العتقُ بِعَدمِهِ في اللَّفظين الآخَرَين.

(وعِتْقُ المُكْرَهِ والسَّكْرانِ واقِعٌ)؛ لِصُدورِ الرُّكنِ من الأهلِ في المَحلِّ كما في الطَّلاق، وقد بيَّنَّاه من قبل[1].

(وإنْ أضافَ العِتْقَ إلى مِلْكٍ أو شَرْطٍ صَحَّ كما في الطَّلاقِ)، أمَّا الإضافةُ إلى المِلكِ ففيه خلافُ الشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللهُ، وقد بيَّنَّاه في كتاب الطَّلاق، وأمَّا التَّعليقُ بالشَّرطِ فلأنَّه إسقاطٌ فَيجري فيه التَّعليقُ، بخلافِ التَّمليكاتِ[2] على ما عُرِف في مَوضِعِه.

(وإذا خَرَجَ عَبْدُ الحَرْبيِّ إلينا مُسلِماً عَتَقَ)؛ لقوله ﷺ في عبيد الطَّائفِ حينَ

= يَملِك لَعَتَقَت ابنةُ العمِّ التي هي أختٌ من الرَّضاعةِ على ابنِ عمِّها إذا اشتراها، وليس كذلك.
وتقرير الجواب: أنَّ المرادَ بالمَحرميَّة مَحرميَّةٌ أثَّرت فيها القرابة، وهذه ليست كذلك لأنَّ الرَّضاعَ هو المُؤثِّرُ، والمَحرميَّةُ من الرَّضاع ليست مرادةً بالإجماع. اهـ مع زيادة من البناية.

(١) انظر ص (١١٨).

(٢) والتَّمليكاتُ كالبيعِ والإجارة والاستئجار والهبة والصَّدقة والنِّكاح والإقرار والإبراء، فإنَّه لا يصحُّ تعليقها بالشَّرط؛ لأنَّ تعليقها بالشَّرط نوعُ قمار، كما نبَّه على ذلك في تبيين الحقائق. والمرادُ تعليقُه بِشَرطٍ غيرِ كائنٍ، وهو ما عبَّر عنه في البحر بالشَّرطِ المَحض، أمَّا لو علقَّه بشرطٍ كائنٍ فيصحُّ؛ لأنَّ التَّعليق بالشَّرط الكائن تنجيزٌ، كأن يقول: «بعتك هذه الدَّارَ إن كانت السَّماء فوقنا» كما في حاشية ابن عابدين نقلاً عن جامع الفصولين.

وإنْ أعتَقَ حامِلاً عَتَقَ حَمْلُها تبَعاً لها ، ولو أعتَقَ الحَمْلَ خاصَّةً عَتَقَ دُونَها ، ولو أعتَقَ الحَمْلَ على مالٍ صَحَّ، ولا يَجِبُ المالُ. ....

خرجوا إليه مسلمين: «هُم عتقاءُ الله تعالى[١]»، ولأنَّه أحرزَ نفسَهُ وهو مسلمٌ، ولا استرقاقَ على المسلمِ ابتداءً .

(وإنْ أعتَقَ حامِلاً عَتَقَ حَمْلُها تبَعاً لها)؛ إذ هو مُتَّصلٌ بها، (ولو أعتَقَ الحَمْلَ خاصَّةً عَتَقَ دُونَها)؛ لأنَّه لا وجهَ إلى إعتاقِها مقصوداً؛ لِعَدمِ الإضافةِ إليها ولا إليه تبَعاً؛ لِما فيه من قلبِ الموضوعِ.

ثمَّ إعتاقُ الحَملِ صحيحٌ، ولا يصحُّ بيعُهُ وهبتُهُ؛ لأنَّ التَّسليمَ نفسَهُ شرطٌ في الهبةِ، والقُدرةَ عليه في البيعِ، ولم يُوجَد ذلك بالإضافةِ إلى الجَنين، وشيءٌ من ذلك ليس بِشَرطٍ في الإعتاق، فافترقا .

(ولو أعتَقَ الحَمْلَ على مالٍ صَحَّ ولا يَجِبُ المالُ)؛ إذ لا وجهَ إلى إلزامِ المالِ على الجَنين؛ لِعَدَمِ الولايةِ عليه، ولا إلى إلزامِهِ الأمَّ؛ لأنَّه في حقِّ العِتقِ نفسٌ على حِدَةٍ، واشتراطُ بدَلِ العتقِ على غيرِ المُعتَقِ لا يَجوزُ، على ما مَرَّ في الخُلع[٢].

---

(١) أخرج الحاكم وقال: صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه (٢/ ١٣٦) (٢٥٧٦)، أبو داود في الجهاد، باب: في عبيد المشركين يلحقون بالمسلمين فيسلمون (٢٧٠٠) عن علي بن أبي طالب قال: خرج عبدانٍ إلى رسولِ الله ﷺ - يعني: يومَ الحُدَيبيةِ قبلَ الصُّلحِ - فكتَبَ إليه مَواليهم فقالوا: يا محمدُ، واللهِ ما خَرَجوا إليكَ رَغبةً في دينِكَ، وإنَّما خرجوا هَرَباً من الرِّقِّ، فقال ناسٌ: صَدَقوا يا رسولَ اللهِ، رُدَّهم إليهم، فغَضِبَ رسولُ الله ﷺ وقال: «ما أراكم تَنتَهونَ يا مَعشَرَ قريشٍ حتَّى يَبعَثَ اللهُ ﷻ عليكم مَنْ يَضرِبُ رِقابَكُم على هذا» وأبى أن يَرُدَّهم وقال: «هم عُتقاءُ اللهِ ﷻ».

(٢) قال في النهاية: هذه حوالةٌ غيرُ رائجة، ويحتمل أن يكون مرادُهُ مسألةَ الخُلع في الجامع الصَّغير، فإنَّ في شروحه: فرقٌ بين الخُلع والإعتاق؛ لجواز وجوبِ بدلِ الخُلع على الأجنبيِّ دونَ الإعتاق ... إلخ. انظر العناية.

وولَدُ الأمَةِ مِنْ مَولاها حُرٌّ، وولَدُها مِنْ زَوجِها مَمْلُوكٌ لِسَيِّدِها، وَوَلَدُ الحُرَّةِ حُرٌّ على كُلِّ حالٍ.

وإنَّما يُعرَفُ قيامُ الحَبَلِ وَقتَ العتقِ إذا جاءت به لأقَلَّ من ستَّةِ أشهُرٍ منه؛ لأنَّه أدنى مدَّة الحملِ.

قال: (وولَدُ الأمَةِ مِنْ مَولاها حُرٌّ)؛ لأنَّه مَخلُوقٌ من مائه فَيعتِقُ عليه، هذا هو الأصلُ، ولا معارِضَ له فيه؛ لأنَّ ولدَ الأمةِ لِمَولاها.

(وولَدُها مِنْ زَوجِها مَمْلُوكٌ لِسَيِّدِها)؛ لِترجُّحِ جانبِ الأمِّ باعتبارِ الحَضانةِ، أو لاستهلاكِ مائِهِ بمائِها، والمُنافاةُ مُتحقِّقةٌ[1]، والزَّوجُ قد رَضِي به[2]، بخلافِ وَلَدِ المَغرور[3] لأنَّ الوالدَ ما رضي به.

(وَوَلَدُ الحُرَّةِ حُرٌّ على كُلِّ حالٍ)؛ لأنَّ جانِبَها راجحٌ، فَيَتبَعُها في وَصفِ الحرِّيَّةِ كما يَتبَعُها في المَملوكيَّةِ والمَرقوقيَّة والتَّدبيرِ[4] وأموميَّةِ الولدِ والكتابةِ، والله تعالى أعلم.

---

(١) أي: بين ماء الرَّجلِ وماء المرأةِ، والمنافاةُ عدمُ اجتماعِ أمرين في محلٍّ واحدٍ في زمانٍ واحدٍ من جهةٍ واحدةٍ، كالمتضادَّين.
وقوله: «المنافاة متحقِّقة» جوابٌ عمَّا يُقال: التَّرجيحُ يُحتاج إليه بعد التَّعارُض، ولا تعارض في مسألتنا. وتقرير الجواب: التَّعارُضُ موجودٌ؛ لأنَّ المُنافاة مُتحقِّقةٌ، فإنَّه لو اعتُبِر جانبُ الأمِّ كان مملوكاً لسيِّدها، ولو اعتُبِر جانبُ الأب لا يكون مملوكاً لسيِّدها، فثبتت المنافاة. عناية.

(٢) جواب عمَّا يقال: إذا اعتُبِر جانبُ الأمة حتَّى يكون الولدُ مملوكاً لمولاها، يتضرَّرُ الأب، والضَّررُ مدفوعٌ شرعاً.

(٣) كما إذا تزوَّج امرأةً على أنَّها حرَّة، فإذا هي قِنَّة، فولدُه منها حرٌّ بالقيمة، وهذا الولدُ يسمَّى ولد المغرور، وهو حرٌّ كما علمت لأنَّ الوالد لم يرض بالرِّقِّ لولده.

(٤) معناه: إذا زوَّج مدبَّرتَه من رجل، كان أولادها مثلها في الحكم، يعني: مدبَّرين. وكذا إذا زوَّج أمَّ ولدِهِ فأنجبت أعطي أولادها حُكمَها.

باب العبد يُعتق بعضه

وإذا أعتَقَ المَولَى بَعْضَ عَبدِهِ، عَتَقَ ذلك القَدْرُ، ويسعى في بقيَّةِ قيمتِهِ لِمَولاه عند أبي حنيفة، وقالا: يَعتِقُ كُلُّهُ. ....

(باب العبد يُعتَق بعضه)

(وإذا أعتَقَ المَولَى بَعْضَ عَبدِهِ، عَتَقَ ذلك القَدْرُ، ويسعى في بقيَّةِ قيمتِهِ لِمَولاه عند أبي حنيفة، وقالا: يَعتِقُ كُلُّهُ).

وأصله[1]: أنَّ الإعتاقَ يَتجزَّأ عنده، فَيَقتصِرُ على ما أعتَقَ. وعندهما: لا يَتجزَّأ، وهو قولُ الشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللهُ[2]، فإضافتُهُ إلى البعضِ كإضافتِهِ إلى الكلِّ، فلهذا يَعتِقُ كلُّه.

لهم: أنَّ الإعتاقَ إثباتُ العتقِ، وهو قوَّةٌ حكميَّةٌ، وإثباتُها بإزالةِ ضِدِّها، وهو الرِّقُّ الذي هو ضَعفٌ حُكميٌّ، وهما لا يَتجزَّآن، فصار كالطَّلاقِ والعَفوِ عن القِصاصِ والاستيلادِ.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ: أنَّ الإعتاقَ إثباتُ العِتقِ بإزالةِ المِلكِ، أو هو إزالةُ المِلكِ؛

---

(١) أي: أصلُ الخلافِ بين الإمام والصَّاحبين.

(٢) قال الماوردي في الحاوي (١٨/ ٥) دار الفكر: إذا أعتَقَ بعضاً من عبدِهِ، كقوله: «نصفُه حرٌّ» عتَقَ جميعُهُ. وإذا كان العبدُ شريكاً بينه وبينَ غيرِهِ، عتَقَ عليه ما يَملِكُه منه، ورُوعِيت حالُهُ في يساره وإعساره:

- فإن كان موسراً سرى عِتقُهُ إلى شريكه، وعتَقَ عليه جميعُهُ، ووجب عليه لشريكه قيمةُ حصَّتِهِ، ولم يكن للشَّريكِ أن يَستبقيها على ملكِهِ، ولا أن يُعتِقَها في حقِّ نفسه.

- وإن كان المُعتِقُ مُعسراً لم يَسرِ عتقُهُ إلى حصَّةِ الشَّريكِ، وكانت حصَّتُهُ باقيةً على ملكه، إن شاءَ أعتَقَها وإن شاء استبقاها، ولا يُجبَرُ العبدُ على الاستسعاء فيما رَقَّ منه في حقِّ واحدٍ منهما، وتتبعَّضُ في العبدِ الحرِّيَّةُ والرِّقُّ. اهـ مختصراً، وانظر روضة الطالبين (٨/ ٣٨٤) وما بعدها ط الكتب العلمية.

لأنَّ المِلكَ حقُّه[١]، والرِّقَّ حقُّ الشَّرع[٢] أو حقُّ العامَّة[٣]، وحكمُ التَّصرُّفِ ما يَدخُلُ تحتَ ولايةِ المُتصرِّفِ، وهو إزالةُ حقِّهِ لا حقِّ غيره.

والأصلُ أنَّ التَّصرُّفَ يَقتصِرُ على موضعِ الإضافةِ، والتَّعدِّي إلى ما وراءَهُ ضرورةُ عدمِ التَّجزِّي، والمِلكُ مُتجزِّئٌ كما في البيعِ[٤] والهبةِ، فَيَبقى على الأصلِ[٥]، وتجبُ السِّعايةُ لاحتباسِ ماليَّةِ البعضِ عند العبدِ، والمُستسعى بمنزلةِ المكاتَبِ عنده؛ لأنَّ الإضافةَ إلى البعضِ تُوجِبُ ثُبوتَ المالكيَّةِ في كلِّهِ، وبقاءَ المِلكِ في بعضِهِ يَمنَعُه، فَعمِلنا بالدَّليلين بإنزالِهِ مكاتَباً، إذ هو مالكٌ يداً لا رقبةً، والسِّعايةُ كبدلِ الكتابةِ، فله أن يَستَسعيَه، وله خيارُ أن يُعتِقَه؛ لأنَّ المكاتَبَ قابلٌ للإعتاقِ.

غيرَ أنَّه[٦] إذا عجَزَ لا يُردُّ إلى الرِّقِّ؛ لأنَّه إسقاطٌ لا إلى أحدٍ، فلا يَقبَلُ الفَسخَ، بخلافِ الكتابةِ المَقصودةِ؛ لأنَّه عَقدٌ يُقالُ ويُفسَخُ.

وليس في الطَّلاق والعَفوِ عن القِصاص[٧] حالةٌ متوسِّطةٌ، فأثبتناه في الكلِّ ترجيحاً للمُحرِّم.

والاستيلادُ متجزِّئٌ عنده[٨]، ....

---

(١) أي: حقُّ المعتِق.

(٢) لأنَّ الكافر لمَّا استنكف أن يكون عبداً لله، جازاه اللهُ فصيَّره عبدَ عبدِهِ.

(٣) لأنَّ الغانمين كما يقتسمون غيرَ الرَّقيق يقتسمونه.

(٤) أي: فيما إذا باع نصيبَه من العبدِ المشترَكِ، يزولُ ملكُهُ عن البعضِ الذي باعه.

(٥) وهو أن يَقتصِرَ التَّصرُّف على موضعِ الإضافةِ.

(٦) أي: العبد المستسعى.

(٧) جوابٌ عن قولهم:
«وصار كالطلاق والعفو عن القصاص»، وحاصل الجواب: أنَّه إنَّما يثبتُ العِتقُ في الكلِّ لإمكانِ العملِ بالدَّليلينِ؛ لوجودِ حالةٍ متوسِّطةٍ بين الحرِّيَّةِ والرِّقِّ، وهي الكتابةُ، فيُصارُ إليها، وليس في الطَّلاقِ والعِتقِ حالةٌ متوسِّطةٌ. بناية.

(٨) جواب عن قولهم: «والاستلادِ».

وإذا كانَ العَبْدُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ، فَأَعْتَقَ أَحَدُهُما نَصِيبَهُ عَتَقَ، فإِنْ كان مُوسِراً فَشَرِيكُهُ بِالخِيارِ: إِنْ شاءَ أعتَقَ، وإِنْ شاءَ ضَمَّنَ شَرِيكَهُ قِيمَةَ نَصِيبِهِ، وإِنْ شاءَ اسْتَسْعَى العَبْدَ، فإِنْ ضَمَّنَ رَجَعَ المُعتِقُ على العَبدِ والوَلاءُ لِلمُعتِقِ، وإِنْ أعتَقَ أوِ اسْتَسْعَى فَالوَلاءُ بَيْنَهما، وإِنْ كانَ المُعتِقُ مُعْسِراً فالشَّرِيكُ بِالخيارِ: إِنْ شاءَ أعتَقَ، وإِنْ شاءَ اسْتَسْعَى العَبْدَ، والوَلاءُ بينهما في الوَجهينِ، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: ليسَ لَهُ إِلَّا الضَّمانُ مَعَ اليَسارِ، والسِّعايةُ مَعَ الإعسارِ، ولا يَرْجِعُ المُعتِقُ على العَبدِ، والوَلاءُ لِلمُعتِقِ. ....

حتَّى لو استولَدَ نَصيبَه من مُدبَّرةٍ يَقتصِرُ عليه[1].

وفي القِنَّة[2] لَمَّا ضَمِن نصيبَ صاحبِهِ بالإفسادِ مَلَكَه بالضَّمانِ، فكَمُلَ الاستيلادُ[3].

(وإذا كانَ العَبْدُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ فَأَعْتَقَ أحَدُهُما نَصِيبَهُ عَتَقَ):

- (فإِنْ كان مُوسِراً فَشَرِيكُهُ بِالخِيارِ: إِنْ شاءَ أعتَقَ، وإِنْ شاءَ ضَمَّنَ شَرِيكَهُ قِيمَةَ نَصِيبِهِ، وإِنْ شاءَ اسْتَسْعَى العَبْدَ. فإِنْ ضَمَّنَ رَجَعَ المُعتِقُ على العَبدِ والوَلاءُ لِلمُعتِقِ، وإِنْ أعتَقَ أوِ اسْتَسْعَى فَالوَلاءُ بَيْنَهما).

- (وإِنْ كانَ المُعتِقُ مُعْسِراً فالشَّرِيكُ بِالخيارِ: إِنْ شاءَ أعتَقَ، وإِنْ شاءَ اسْتَسْعَى العَبْدَ، والوَلاءُ بينهما في الوَجهينِ، وهذا عند أبي حنيفة).

(وقالا: ليسَ لَهُ إِلَّا الضَّمانُ مَعَ اليَسارِ، والسِّعايةُ مَعَ الإعسارِ، ولا يَرْجِعُ المُعتِقُ على العَبدِ، والوَلاءُ لِلمُعتِقِ).

---

(١) يعني: إن ولَدَت الأمةُ المدبَّرةُ بين رجلين ولداً، فادَّعاهُ أحدُهُما، يصيرُ نصفُ الجاريةِ أمَّ ولدٍ له، والنِّصفُ الآخرُ مدبَّرٌ لشريكِهِ، حتَّى لو مات المُستولِدُ تَعتِقُ من جميعِ مالِهِ، ولو مات المدبِّرُ عَتَقَت من ثُلُثِ مالِهِ.

(٢) هذا جوابٌ عمَّا يُقال: لو كان الاستيلادُ متجزِّئاً لاطَّرد في القِنَّةِ أيضاً.

(٣) وصار كأنَّه استولَدَ جاريةَ نفسِهِ، لا أنَّ الاستيلادَ عنده غيرُ مُتجزٍّ. عناية.

وهذه المسالةُ تُبتنى على حرفين[1]:

أحدُهما: تَجزِّي الإعتاقِ وعَدَمِه، على ما بيَّنَّاه[2].

والثَّاني: أنَّ يَسارَ المُعتِقِ لا يمنَعُ سِعايةَ العبدِ عنده، وعندهما: يمنع.

لهما في الثَّاني: قولُه ﷺ في الرَّجل يُعتِقُ نصيبَهُ: «إنْ كان غنيًّا ضَمِن، وإن كان فقيراً سَعَى في حصَّةِ الآخَر[3]»، قَسَمَ[4]، والقِسمةُ تُنافي الشَّركة.

وله: أنَّه احتُبِسَت ماليَّةُ نصيبِهِ عند العبدِ، فله أن يُضمِّنَه كما إذا هبَّتِ الرِّيحُ في ثَوبِ إنسانٍ وألقَتْه في صَبْغِ غَيرِهِ حتَّى انصَبَغَ به، فعلى صاحبِ الثَّوبِ قيمةُ صَبغِ الآخَرِ مُوسِراً كان أو مُعسِراً؛ لِما قُلنا[5]، فكذا ههنا، إلَّا أنَّ العبدَ فقيرٌ فَيستَسعِيه.

ثمَّ المُعتَبَر يَسارُ التَّيسيرِ - وهو: أنْ يَملِكَ من المال قَدْر قِيمَةِ نصيبِ الآخَر - لا يسارَ الغِنى؛ لأنَّ به[6] يَعتَدِل النَّظَرُ من الجانبين، بِتَحقيقِ ما قَصَدَه المُعتِقُ من القُربةِ، وإيصالِ بَدَلِ حقِّ السَّاكتِ إليه.

ثمَّ التَّخريجُ على قولهما ظاهرٌ، فعَدَمُ رجوعِ المُعتِقِ بما ضَمِنَ على العبدِ؛ لِعَدمِ [وجوبِ][7] السِّعايةِ عليه في حالةِ اليَسارِ، والوَلاءُ للمُعتِقِ لأنَّ العِتقَ كلَّه من جهتِهِ؛ لِعَدمِ التَّجزِّي .

---

(١) أي: أصلين.

(٢) أي: عند قوله في أول الباب: «وأصله أنَّ الإعتاق يتجزَّأ عنده ...» انظر ص (٣١٠).

(٣) أخرجه الأئمَّةُ السِّتَّةُ، وهو عند البخاري في الشركة، باب: الشركة في الرقيق (٢٣٧٠)، ومسلم في العتق، باب: ذكر سعاية العبد (١٥٠٣) عن أبي هريرة رضي الله عنه: عن النبي ﷺ قال: «مَن أعتَقَ شِقْصاً له في عبدٍ أُعتِقَ كلُّه إن كان له مالٌ، وإلَّا يُستَسْعَى غيرَ مَشقوقٍ عليه»، واللفظ للبخاري.

(٤) التقدير: وجه الاستدلال بالحديث أنَّه قَسَم خلاصَ العبدِ وسعايتَه، بين يسار المعتق وإعساره.

(٥) يريد به قوله: «وله أنَّه احتُبِست ماليَّة نصيبه».

(٦) الضَّميرُ راجعٌ إلى يسار التَّيسير.

(٧) زيادة من (ج).

وأمَّا التَّخريجُ على قوله فَخِيارُ الإعتاقِ لقيام مِلكِه في الباقي، إذِ الإعتاقُ يَتجزَّأ عنده، والتَّضمينُ؛ لأنَّ المُعتِقَ جانٍ عليه بإفسادِ نصيبِهِ، حيثُ امتنَعَ عليه البيعُ والهبةُ ونحو ذلك ممَّا سوى الإعتاقِ وتَوابعه، والاستسعاء[1] لِما بيَّنَّا[2].

ويرجعُ المُعتِقُ بما ضَمِنَ على العبدِ؛ لأنَّه قام مَقامَ السَّاكتِ بأداءِ الضَّمانِ، وقد كان له ذلك بالاستسعاءِ، فكذلك للمُعتِق، ولأنَّه مَلَكَه بأداءِ الضَّمان ضِمناً، فيصيرُ كأنَّ الكلَّ له وقد أعتَقَ بعضَهُ، فله أن يُعتِق الباقي أو يَستسعيَ إن شاءَ، والوَلاءُ للمُعتِقِ في هذا الوجهِ؛ لأنَّ العِتقَ كلَّه من جهتِهِ، حيثُ ملَكَه بأداءِ الضَّمان.

وفي حالِ إعسارِ المُعتِقِ، إن شاء أعتَقَ لِبَقاءِ مِلكِه، وإن شاء استسعى؛ لما بيَّنَّا[3]، والوَلاءُ له في الوجهين[4]؛ لأنَّ العِتقَ من جهتِهِ.

ولا يرجعُ المُستسَعَى على المُعتِقِ بما أدَّى بإجماعٍ بيننا؛ لأنَّه يسعى لِفَكاكِ رَقَبتِهِ، ولا يقضي ديناً على المُعتِقِ؛ إذ لا شيءَ عليه لِعُسرتِهِ، بخلافِ المَرهونِ إذا أعتقَه الرَّاهنُ المُعسِرُ؛ لأنَّه يَسعَى في رَقَبةٍ قد فُكَّت، أو يقضي ديناً على الرَّاهنِ، فلهذا يَرجعُ عليه.

وقولُ الشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ[5] في المُوسِر كقولِهما، وقال في المُعسِرِ: يَبقَى نصيبُ السَّاكتِ على مِلكِهِ يُباعُ ويُوهَبُ؛ لأنَّه لا وجهَ إلى تَضمينِ الشَّريكِ لإعسارِهِ، ولا إلى السِّعايةِ؛ لأنَّ العبدَ ليس بجانٍ ولا راضٍ به، ولا إلى إعتاقِ الكلِّ؛ للإضرارِ بالسَّاكتِ، فتعيَّن ما عيَّنَّاه.

---

(١) عطفٌ على «التضمين»، و«التَّضمينُ» معطوفٌ على قوله: «فخيار الإعتاق». عناية.

(٢) إشارةٌ إلى قوله: «وله: أنَّه احتُبِسَت ماليَّةُ نصيبه عند العبد»، وهو مبني على الأصل الثاني.

(٣) أي: لبقاء ملكه. بناية.

(٤) أي: في الإعتاقِ والاستسعاءِ في نَصيبِهِ.

(٥) انظر ص (٣١٠) ت (٢).

وَلَوْ شَهِدَ كلُّ واحدٍ مِنَ الشَّرِيكَينِ على صاحِبِهِ بِالعِتْقِ، سَعَى العبدُ لِكُلِّ واحدٍ منهما في نَصيبِهِ، مُوسِرَينِ كانا أو مُعسِرَينِ عندَ أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: إنْ كانا مُوسِرَيْنِ فَلا سِعايَةَ عليه، ....

قلنا: إلى الاستسعاءِ سبيلٌ؛ لأنَّه لا يَفتقِرُ إلى الجنايةِ، بل تُبتَنى السِّعايةُ على احتباسِ الماليَّةِ، فلا يُصارُ إلى الجَمْعِ بين القوَّةِ المُوجِبةِ للمالكيَّةِ والضَّعفِ السَّالبِ لها في شخصٍ واحدٍ.

قال: **(ولَوْ شَهِدَ كلُّ واحدٍ مِنَ الشَّرِيكَينِ على صاحِبِهِ بالعِتْقِ، سَعَى العبدُ لِكُلِّ واحدٍ منهما في نَصيبِهِ، مُوسِرَينِ كانا أو مُعسِرَينِ عندَ أبي حنيفة)**، وكذا إذا كان أحدُهما موسِراً والآخَرُ مُعسِراً؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يَزعُم أنَّ صاحبَهُ أعتَقَ نصيبَهُ، فصار مكاتَباً في زعمِهِ[1] عنده[2]، وحَرُم عليه الاسترقاقُ، فَيُصدَّقُ في حقِّ نفسِهِ، فَيُمنَعُ من استرقاقِهِ ويَستسعيهِ؛ لأنَّا تيقَّنَّا بحقِّ الاستسعاءِ كاذباً كان أو صادقاً؛ لأنَّه مكاتَبُه أو مملوكُهُ؛ فلهذا يَستَسْعِيانِه.

ولا يختلفُ ذلك باليسارِ والإعسارِ؛ لأنَّ حقَّه في الحالين في أحدِ شَيئينِ؛ لأنَّ يَسارَ المُعتِقِ لا يَمنَعُ السِّعايةَ عنده، وقد تَعذَّرَ التَّضمينُ لإنكارِ الشَّريكِ، فتعيَّنَ الآخَرُ وهو السِّعايةُ.

والوَلاءُ لهما؛ لأنَّ كُلاً منهما يقول: «عَتَق نصيبُ صاحِبِي عليه بإعتاقِهِ ووَلاؤُه له، وعَتَق نصيبي بالسِّعايةِ ووَلاؤُه لي».

(وقال أبو يوسف ومحمد: إنْ كانا مُوسِرَيْنِ فَلا سِعايَةَ عليه)؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يَتبرَّأ عن سعايتِهِ بِدَعوى العِتاقِ على صاحبِهِ؛ لأنَّ يَسارَ المُعتِقِ يَمنَعُ السِّعايةَ عندهما، إلَّا أنَّ الدَّعوى لم تَثبُتْ لإنكارِ الآخَرِ، والبَراءةُ عن السِّعايةِ قد ثبتَتْ لإقرارِهِ على نفسِهِ.

---

(١) أي: في زَعمِ كلِّ واحدٍ منهما.

(٢) أي: عند أبي حنيفة.

وإنْ كانا مُعْسِرَينِ سَعَى لهما، وإنْ كانَ أحَدُهما مُوسِراً والآخَرُ مُعسِراً، سَعَى لِلْمُوسِرِ منهما، ولا يَسْعَى لِلمُعْسِرِ منهما. ولو قال أحَدُ الشَّرِيكَينِ: «إنْ لم يَدْخُلْ فُلانٌ هَذِهِ الدَّارَ غداً فَهُو حُرٌّ»، وقال الآخَرُ: «إنْ دَخَلَ فَهُو حُرٌّ»، فَمَضى الغَدُ ولا يُدْرَى أدَخَلَ أمْ لا، عَتَقَ النِّصفُ، وسَعَى لهما في النِّصفِ الآخَرِ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يَسْعَى في جَميعِ قِيمَتِهِ.

(وإنْ كانا مُعْسِرَينِ سَعَى لهما)؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يدَّعي السِّعايةَ عليه، صادقاً كان أو كاذباً، على ما بيَّنَّاه، إذِ المُعتِقُ مُعسِرٌ.

(وإنْ كانَ أحَدُهما مُوسِراً والآخَرُ مُعسِراً، سَعَى لِلْمُوسِرِ منهما)؛ لأنَّه لا يدَّعي الضَّمانَ على صاحبِهِ لإعسارِهِ، وإنَّما يدَّعي عليه السِّعايةَ فلا يَتبرَّأ عنه، (ولا يَسْعَى لِلمُعْسِرِ منهما)؛ لأنَّه يدَّعي الضَّمانَ على صاحبِهِ لِيَسارِهِ، فيكونُ مبرِّئاً للعبدِ عن السِّعاية.

والولاءُ موقوفٌ في جميعِ ذلك عندهما؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يُحِيلُه على صاحبِهِ وهو يَتبرَّأ عنه، فيبقى موقوفاً إلى أن يتَّفقا على إعتاقِ أحدِهِما.

(ولو قال أحَدُ الشَّرِيكَينِ: «إنْ لم يَدْخُلْ فُلانٌ هَذِهِ الدَّارَ غداً فَهُو حُرٌّ»، وقال الآخَرُ: «إنْ دَخَلَ فَهُو حُرٌّ»، فَمَضى الغَدُ ولا يُدْرَى أدَخَلَ أمْ لا، عَتَقَ النِّصفُ، وسَعَى لهما في النِّصفِ الآخَرِ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يَسْعَى في جَميعِ قِيمَتِهِ)؛ لأنَّ المَقضيَّ عليه بِسُقوطِ السِّعايةِ مَجهولٌ، ولا يُمكِنُ القضاءُ على المَجهولِ، فصار كما إذا قال لغيره: «لك على أحدِنا ألفُ درهمٍ»، فإنَّه لا يُقضى بشيءٍ للجَهالةِ، كذا هذا.

ولهما: أنَّا تيقَّنَّا بسقوطِ نصفِ السِّعايةِ؛ لأنَّ أحدَهُما حانِثٌ بيَقينٍ، ومع التَّيقُّنِ بِسُقوطِ النِّصفِ كيف يُقضى بوجوبِ الكلِّ.

والجَهالةُ[1] ترتفعُ بالشُّيوعِ والتَّوزيعِ، كما إذا أعتَقَ أحدَ عبدَيهِ لا بِعَينِهِ أو بِعَينِهِ

---

(1) جوابٌ عن قوله: «المَقضيُّ عليه مجهول»، أي: الجهالةُ ترتفع بشيوع النصف الذي عتق.

ولو حَلَفا على عِتْقِ عَبْدَيْنِ، كُلٌّ واحدٍ منهما لأحَدِهما بِعَينِهِ لَمْ يَعتِقْ واحِدٌ منهما. وإذا اشْتَرَى الرَّجُلانِ ابنَ أحَدِهِما، عَتَقَ نَصِيبُ الأبِ ولا ضَمانَ عليه، وكذا إذا وَرِثاهُ، والشَّرِيكُ بالخِيارِ: إنْ شاءَ أعتَقَ نَصِيبَهُ، وإنْ شاءَ اسْتَسْعَى العَبْدَ، ....

ونَسِيَه وماتَ قبلَ التَّذكُّر أو البيانِ[1]، ويتأتَّى التَّفريعُ فيه على أنَّ اليسارَ هل يَمنَعُ السِّعايةَ أو لا يَمنَعُها، على الاختلافِ الذي سبَقَ[2].

(ولو حَلَفا على عِتْقِ عَبْدَيْنِ، كُلٌّ واحدٍ منهما لأحَدِهما بِعَينِهِ[3]، لَمْ يَعتِقْ واحِدٌ منهما)؛ لأنَّ المَقضيَّ عليه بالعِتقِ مَجهولٌ، وكذلك المَقضيُّ له، فتفاحَشَتِ الجَهالةُ، فامتَنَع القضاءُ، وفي العبدِ الواحدِ المَقضيُّ له والمَقضيُّ به معلومٌ، فغَلَبَ المعلومُ المجهولَ.

(وإذا اشْتَرَى الرَّجُلانِ ابنَ أحَدِهِما، عَتَقَ نَصِيبُ الأبِ)؛ لأنَّه مَلَك شِقْصَ قريبِهِ، وشراؤه إعتاقٌ على ما مَرَّ[4]، (ولا ضَمانَ عليه) عَلِم الآخَرُ أنَّه ابنُ شريكِهِ أو لم يَعلَمْ، (وكذا إذا وَرِثاهُ[5]. والشَّرِيكُ بالخِيارِ: إنْ شاءَ أعتَقَ نَصِيبَهُ وإنْ شاءَ اسْتَسْعَى العَبْدَ)، وهذا عن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ.

وقالا: في الشَّراءِ يَضمَنُ الأبُ نصفَ قيمتِهِ إن كان مُوسِراً، وإن كان مُعسِراً سَعَى الابنُ في نصفِ قيمتِهِ لِشَريكِ أبيه.

---

(١) فإنَّه يعتق من كلٍّ واحد منهما نصفه، ويسعى كلٌّ واحد منهما في نصفه. بناية.

(٢) وهو أنَّ اليسارَ لا يَمنَعُ السِّعايةَ عندَ أبي حنيفةِ، وعندهما يَمنَع.

(٣) يعني: إذا كان لكلٍّ واحدٍ منهما عبدٌ على حِدَةٍ، فقال أحدهما: «إن دخل فلانٌ غداً فعبدي حرٌّ»، وقال الآخرُ: «إن لم يدخل فلانٌ فعبدي حرٌّ» فمَضَى الغدُ ولم يُدرَ الدُّخولُ وعدَمُه. فتح.

(٤) انظر فصل من ملك ذا رحم محرم، ص (٣٠٥).

(٥) وصورته: امرأةٌ اشترت ابنَ زوجِها، فماتت عن أخٍ وزوج، كان النِّصف للزَّوج ويعتق عليه. أو امرأةٌ لها زوجٌ وأب، ولها غلامٌ وهو أبو زوجها، فماتت المرأةُ صارَ غُلامُها ميراثاً بين زوجها وأبيها.

وإنْ بَدَأ الأجنبيُّ فاشْتَرَى نِصْفَهُ، ثُمَّ اشْتَرَى الأبُ نِصْفَهُ الآخَرَ، وهو مُوسِرٌ، فالأجنَبِيُّ بالخيارِ: إنْ شاءَ ضَمَّنَ الأبَ، وإنْ شاءَ اسْتَسْعَى الابْنَ في نِصْفِ قِيمَتِهِ، وهذا عند أبي حنيفة. ....

وعلى هذا الخلافِ إذا مَلَكاه بِهِبةٍ أو صدقةٍ أو وصيَّةٍ، وعلى هذا إذا اشتراهُ رجلانِ وأحدُهُما قد حَلَف بِعِتْقِهِ إن اشترى نصفَهُ.

لهما: أنَّه أبطَلَ نصيبَ صاحبِه بالإعتاقِ؛ لأنَّ شراءَ القريبِ إعتاقٌ، وصار هذا كما إذا كان العبدُ بين أجنبيَّيْنِ فأعتَقَ أحدُهُما نصيبَهُ.

وله: أنَّه رضي بإفسادِ نَصيبِهِ، فلا يُضمِّنُه، كما إذا أذِنَ له بإعتاقِ نَصيبِهِ صريحاً، ودلالةُ ذلك أنَّه شارَكَه فيما هو عِلَّةُ العتقِ، وهو الشِّراءُ؛ لأنَّ شراءَ القَريبِ إعتاقٌ، حتَّى يخرجُ به عن عُهدةِ الكفَّارةِ عندنا.

وهذا ضمانُ إفسادٍ[1] في ظاهرِ قولِهِما، حتَّى يَختلِفُ باليسار والإعسار، فَيسقطُ بالرِّضا.

ولا يَختلِفُ الجوابُ بين العلمِ وعدمِهِ، وهو ظاهرُ الرِّوايةِ عنه؛ لأنَّ الحُكمَ يُدارُ على السَّببِ، كما إذا قال لِغَيره: «كُلْ هذا الطَّعامَ» وهو مملوكٌ للآمِرِ، ولا يَعلَمُ الآمِرُ بِمِلكِهِ.

(وإنْ بَدَأ الأجنبيُّ فاشْتَرَى نِصْفَهُ، ثُمَّ اشْتَرَى الأبُ نِصْفَهُ الآخَرَ، وهو مُوسِرٌ، فالأجنَبِيُّ بالخيارِ: إنْ شاءَ ضَمَّنَ الأبَ)؛ لأنَّه ما رضي بإفساد نصيبِهِ، **(وإنْ شاءَ اسْتَسْعَى الابْنَ في نِصْفِ قِيمَتِهِ)**؛ لاحتباسِ ماليَّتِهِ عنده، **(وهذا عند أبي حنيفة)**؛ لأنَّ يسارَ المُعتِقِ لا يَمنَعُ السِّعايةَ عنده.

---

(١) في العناية: يجوز أن يكون جواباً عمَّا يقال: إنَّما كان الرِّضا مُسقِطاً للضَّمان أنْ لو كان ضمانَ إفسادٍ، وأمَّا إذا كان ضمانَ تَملُّك فلا يسقط به، كما إذا استولد أحَدُ الشَّريكين الجاريةَ بإذنِهِ، فإنَّه لا يَسقُطُ به الضَّمان؛ لأنَّه ضمانُ تملُّك؛ إذِ الاستيلادُ موضوعٌ لطلب الولدِ لا للعتق، فلا يُمكِن أن يُجعَل الواجِبُ به ضمانَ عتقٍ، وهو غيرُ موضوعٍ له، فكان ضمانَ تملُّك.

وَمَنِ اشْتَرَى نِصْفَ ابنِهِ وهو مُوسِرٌ، فلا ضَمانَ عليه عند أبي حنيفة، وقالا: يَضْمَنُ إذا كان مُوسِراً. وإذا كان العبدُ بينَ ثَلاثةِ نَفرٍ، فَدَبَّرَهُ أَحَدُهُم وهُو مُوسِرٌ، ثُمَّ أَعْتَقَهُ الآخَرُ وهو مُوسِرٌ، فَأَرادُوا الضَّمانَ، فَلِلسَّاكِتِ أنْ يُضَمِّنَ المُدَبِّرَ ثُلُثَ قِيمَتِهِ قِنّاً ولا يُضَمِّنُ المُعتِقَ، وللمُدَبِّرِ أنْ يُضَمِّنَ المُعتِقَ ثُلُثَ قِيمَتِهِ مُدَبَّراً، ولا يُضَمِّنُهُ الثُّلُثَ الذي ضَمِنَ، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: العبدُ كُلُّهُ لِلَّذي دَبَّرَهُ أَوَّلَ مَرَّةٍ، وَيَضْمَنُ ثُلُثَي قِيمَتِهِ لِشَرِيكَيْهِ، مُوسِراً كان أو مُعسِراً.

وقالا: لا خيارَ له، ويضمَنُ الأبُ نصفَ قيمتِهِ؛ لأنَّ يسارَ المُعتِقِ يَمنَعُ السِّعايةَ عندهما.

(وَمَنِ اشْتَرَى نِصْفَ ابنِهِ وهو مُوسِرٌ، فلا ضَمانَ عليه عند أبي حنيفة، وقالا: يَضْمَنُ إذا كان مُوسِراً)، ومعناه: إذا اشترى نصفَهُ مِمَّن يملك كلَّه، فلا يضمنُ لبائعِهِ شيئاً عنده. والوجهُ قد ذكرناه[1].

(وإذا كان العبدُ بينَ ثَلاثةِ نَفرٍ، فَدَبَّرَهُ أَحَدُهُم وهُو مُوسِرٌ، ثُمَّ أَعْتَقَهُ الآخَرُ وهو مُوسِرٌ، فَأَرادُوا[2] الضَّمانَ، فَلِلسَّاكِتِ أنْ يُضَمِّنَ المُدَبِّرَ ثُلُثَ قِيمَتِهِ قِنّاً ولا يُضَمِّنُ المُعتِقَ، وللمُدَبِّرِ أنْ يُضَمِّنَ المُعتِقَ ثُلُثَ قِيمَتِهِ مُدَبَّراً، ولا يُضَمِّنُهُ الثُّلُثَ الذي ضَمِنَ، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: العبدُ كُلُّهُ لِلَّذي دَبَّرَهُ أَوَّلَ مَرَّةٍ، وَيَضْمَنُ ثُلُثَي قِيمَتِهِ لِشَرِيكَيْهِ، مُوسِراً كان أو مُعسِراً).

وأصلُ هذا: أنَّ التَّدبيرَ يَتجزَّأ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ، خلافاً لهما كالإعتاقِ، ولأنَّه شُعبةٌ من شُعَبِهِ فيكونُ مُعتَبَراً به، ولمَّا كان مُتجزِّئاً عنده اقتصَر على نصيبِهِ، وقد أفسَدَ بالتَّدبيرِ نصيبَ الآخَرين، فلكلِّ واحدٍ منهما: أن يُدَبِّرَ نصيبَهُ، أو يَعتِقَ،

---

(١) أشار إلى قوله: «لهما: أنَّه أبطَلَ نصيبَ صاحبِه بالإعتاق ... وله: أنَّه رضي بإفساد نصيبِهِ» انظر ص (٣١٧).

(٢) أي: أرادا، لأنَّ مريدَ الضَّمانِ إنَّما هو السَّاكت والمُدبِّر دونَ المعتِق، فكان المرادُ بالجمع التَّثنيةُ، أو أطلق الجمعَ بطريق التَّغليب. عناية.

أو يُكاتِبَ، أو يُضمِّنَ المُدبِّرَ، أو يَستسعي العبدَ، أو يَترُكَه على حاله؛ لأنَّ نصيبَهُ باقٍ على مِلكِه فاسداً بإفسادِ شريكِهِ، حيثُ سدَّ عليه طُرُقَ الانتفاعِ به، بيعاً وهبةً على ما مرَّ[1].

فإذا اختار أحدُهُما العِتقَ تعيَّنَ حقُّه فيه، وسقَطَ اختيارُهُ غيرَهُ، فتوجَّهَ للسَّاكتِ سببا ضمانٍ، تدبيرُ المدبِّرِ وإعتاقُ هذا المُعتِقِ، غيرَ أنَّ له[2] أن يُضمِّنَ المدبِّرَ ليكونَ الضَّمانُ ضمانَ معاوضةٍ، إذ هو الأصلُ، حتَّى جُعِلَ الغَصبُ ضمانَ مُعاوضةٍ على أصلنا، وأمكنَ ذلك في التَّدبيرِ لكونِهِ قابلاً للنَّقلِ من مِلْكٍ إلى مِلْكٍ وقتَ التَّدبيرِ، ولا يُمكِنُ ذلك في الإعتاقِ؛ لأنَّه عند ذلك[3] مكاتَبٌ أو حُرٌّ على اختلافِ الأصلين، ولا بدَّ من رضا المكاتَبِ بِفَسْخِهِ حتَّى يقبلَ الانتقالَ، فلهذا[4] يَضمَنُ المُدبِّرُ.

ثمَّ للمدبِّرِ أن يُضمِّنَ المُعتِقَ ثُلُثَ قيمتِهِ مدبَّراً؛ لأنَّه أفسَدَ عليه نصيبَهُ مُدبَّراً، والضَّمانُ يَتقدَّر بقيمةِ المُتلَفِ، وقيمةُ المدبَّرِ ثُلُثا قيمتِهِ قِنًّا على ما قالوا. ولا يضمِّنه[5] قيمةَ ما ملَكَه بالضَّمانِ من جهةِ السَّاكتِ؛ لأنَّ مِلكَه ثبت مُستنِداً[6]، وهذا ثابتٌ من وجهٍ دون وجهٍ، فلا يظهَرُ في حقِّ التَّضمينِ.

والوَلاءُ بينَ المُعتِقِ والمدبِّرِ أثلاثاً، ثُلُثاهُ للمدبِّرِ والثُّلُث للمعتِقِ؛ لأنَّ العبدَ عَتَقَ على مِلكِهما على هذا المِقدار.

وإذا لم يكن التَّدبيرُ مُتجزِّئاً عندهما، صار كلُّه مدبَّراً للمدبِّرِ، وقد أفسَدَ نصيبَ شريكَيْه لِما بيَّنَّا، فيَضمَنُه، ولا يختلف باليسار والإعسار؛ لأنَّه ضمانُ تملُّكٍ،

---

(١) إشارةً إلى قوله: «لأنَّ المُعتِق جانٍ عليه بإفساد نصيبه، حيثُ امتنَع عليه البيعُ والهبة إلخ» انظر ص (٣١٤).

(٢) أي: للسَّاكت.

(٣) أي: عند الإعتاق.

(٤) أي: فلأجلِ كونِ المدبَّرِ عندَ الإعتاقِ غيرَ قابلٍ للانتقال. بناية.

(٥) أي: لا يُضمِّن المدبِّرُ المعتقَ.

(٦) أي: إلى وقت التَّدبير. بناية.

وإذا كانتْ جارِيَةٌ بينَ رَجُلَينِ، زَعَمَ أحَدُهُما أنَّها أمُّ وَلَدٍ لِصاحِبِهِ، وأنكَرَ ذلك الآخَرُ، فَهِيَ مَوقُوفَةٌ يوماً، ويَوماً تَخدُمُ المُنكِرَ عند أبي حنيفة. وقالا: إنْ شاءَ المُنكِرُ اسْتَسْعَى الجارِيَةَ في نِصْفِ قِيمَتِها، ثمَّ تكونُ حُرَّةً لا سَبِيلَ عليها. ....

فأشبَهَ الاستيلادَ[1]، بخلاف الإعتاقِ[2]؛ لأنَّه ضمانُ جنايةٍ، والوَلاءُ كلُّه للمدبِّر، وهذا ظاهر.

قال: (وإذا كانتْ جارِيَةٌ بينَ رَجُلَينِ، زَعَمَ أحَدُهُما أنَّها أمُّ وَلَدٍ لِصاحِبِهِ، وأنكَرَ ذلك الآخَرُ، فَهِيَ مَوقُوفَةٌ يوماً[3]، ويَوماً تَخدُمُ المُنكِرَ عند أبي حنيفة. وقالا: إنْ شاءَ المُنكِرُ اسْتَسْعَى الجارِيَةَ في نِصْفِ قِيمَتِها، ثمَّ تكونُ حُرَّةً لا سَبِيلَ عليها).

لهما: أنَّه لمَّا لم يُصدِّقْه صاحبُهُ انقلَبَ إقرارُ المُقِرِّ عليه كأنَّه استولدها، فصار كما إذا أقَرَّ المُشتري على البائعِ أنَّه أعتقَ المبيعَ قبلَ البيعِ، يُجعَلُ كأنَّه أعتَقَ، كذا هذا، فَتَمتنِعُ الخِدمةُ، ونصيبُ المُنكِر على مِلكِهِ في الحُكمِ، فَتَخرجُ إلى الإعتاقِ بالسِّعايةِ، كأمِّ ولدِ النَّصرانيِّ إذا أسلمت.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنَّ المُقِرَّ لو صُدِّق كانت الخدمةُ كلُّها للمنكِرِ، ولو كُذِّب كان له نصفُ الخدمةِ، فَيَثبتُ ما هو المتيقَّنُ، وهو النِّصفُ، ولا خدمةَ للشَّريكِ الشَّاهدِ ولا استسعاءَ؛ لأنَّه يَتبرَّأ عن جميعِ ذلك بدعوى الاستيلادِ والضَّمان[4].

والإقرارُ بأموميَّةِ الولدِ يَتضمَّنُ الإقرارَ بالنَّسبِ، وهذا أمرٌ لازمٌ لا يَرتدُّ بالرَّدِّ، فلا يُمكِنُ أن يُجعَلَ المُقِرُّ كالمستولِد.

---

(١) فإن كانت جاريةٌ بين اثنين، فجاءت بولدٍ فادَّعاه أحدُهما، يثبُتُ نسبُهُ منه، ويضمنُ قيمَتَها لشريكِهِ.

(٢) أي: بخلاف ضمان الإعتاق.

(٣) أي: تُرفع عنها الخدمة.

(٤) أمَّا عن الخدمة فبدعوى الاستيلاد، وأمَّا عن الاستسعاء فبدعوى الضَّمان، ففي كلامه لف ونشر.

وإنْ كانَتْ أمَّ وَلَدٍ بينهما فَأعتَقَها أحَدُهُما وهو مُوسِرٌ، فلا ضَمانَ عليه عندَ أبي حنيفة، وقالا: يَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِها.

(وإنْ كانَتْ أمَّ وَلَدٍ بينهما فَأعتَقَها أحَدُهُما وهو مُوسِرٌ، فلا ضَمانَ عليه عندَ أبي حنيفة، وقالا: يَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِها)؛ لأنَّ ماليَّةَ أمِّ الولدِ غيرُ متقوِّمةٍ عنده ومتقوِّمةٌ عندهما، وعلى هذا الأصلِ تُبتنى عدَّةٌ من المسائلِ أورَدْناها في كفاية المُنتهي.

وجهُ قولهما: أنَّها مُنتفَعٌ بها وَطْأً وإجارةً واستخداماً، وهذا دِلالةُ التَّقوُّم، وبامتناعِ بَيعِها لا يَسقُطُ تَقوُّمُها كما في المُدبَّر، ألا ترى أنَّ أمَّ وَلَدِ النَّصرانيِّ إذا أسلَمَتْ عليها السِّعايةُ، وهذا آيةُ التَّقوُّم، غيرَ أنَّ قِيمتَها ثُلُثُ قيمَتِها قِنَّةً على ما قالوا؛ لِفَواتِ مَنفعةِ البيعِ والسِّعايةِ بعد الموتِ، بخلافِ المُدبَّرِ؛ لأنَّ الفائتَ مَنفعَةُ البيعِ، أمَّا السِّعايةُ والاستخدامُ فباقيانِ.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنَّ التَّقوُّمَ بالإحرازِ، وهي مُحرزَةٌ للنَّسبِ لا لِلتَّقوُّم، والإحرازُ للتَّقوُّمِ تابعٌ، ولهذا لا تَسعى لِغَريمٍ ولا لِوارثٍ، بخلافِ المُدبَّرِ، وهذا[1] لأنَّ السَّببَ فيها متحقِّقٌ في الحالِ، وهو الجزئيَّةُ الثَّابتةُ بواسطةِ الولَدِ على ما عُرِفَ في حُرمةِ المُصاهرةِ، إلَّا أنَّه لم يَظهَرْ عملُهُ في حقِّ المِلكِ ضرورةَ الانتفاعِ، فعَمِلَ السَّببُ في إسقاطِ التَّقوُّم، وفي المدبَّرِ يَنعقِدُ السَّببُ بعدَ المَوتِ، وامتناعُ البيعِ فيه لِتَحقيقِ مَقصودِهِ[2]، فافترقا، وفي أمِّ ولدِ النَّصرانيِّ قَضينا بِتَكاتُبِها عليه دَفعاً للضَّررِ عن الجانبين، وبدَلُ الكتابةِ لا يَفتقِرُ وجوبُهُ إلى التَّقوُّم.

---

(١) إشارةٌ إلى الفَرقِ بين أمِّ الولدِ والمدبَّرِ.

(٢) أي: لتحقيقِ مقصودِ المولى من التَّدبيرِ، وهو الحرِّيَّةُ.

باب عتق أحد العبدين

ومَنْ كانَ لَهُ ثَلاثَةُ أعبُدٍ دَخَلَ عليه اثنانِ فقال: «أحَدُكُما حُرٌّ»، ثمَّ خَرَجَ واحِدٌ ودَخَلَ آخَرُ فقال: «أحَدُكُما حُرٌّ»، ثمَّ ماتَ ولَمْ يُبَيِّنْ، عَتَقَ مِنَ الذي أُعِيدَ عَلَيهِ القَوْلُ ثلاثَةُ أرباعِهِ ونِصْفُ كُلِّ واحدٍ مِنَ الآخَرَيْنِ عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: كَذَلِكَ إلَّا في العبدِ الآخَرِ، فإنَّهُ يَعتِقُ رُبُعُهُ، ....

(باب عتق أحد العبدين)

(ومَنْ كانَ لَهُ ثَلاثَةُ أعبُدٍ دَخَلَ عليه اثنانِ فقال: «أحَدُكُما حُرٌّ»، ثمَّ خَرَجَ واحِدٌ ودَخَلَ آخَرُ فقال: «أحَدُكُما حُرٌّ»، ثمَّ ماتَ ولَمْ يُبَيِّنْ، عَتَقَ مِنَ الذي أُعِيدَ عَلَيهِ القَوْلُ ثلاثَةُ أرباعِهِ ونِصْفُ كُلِّ واحدٍ مِنَ الآخَرَيْنِ عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: كَذَلِكَ إلَّا في العبدِ الآخَرِ، فإنَّهُ يَعتِقُ رُبُعُهُ).

أمَّا الخارجُ فلأنَّ الإيجابَ الأوَّلَ دائرٌ بينَهُ وبينَ الثَّابت، وهو الذي أُعيد عليه القولُ، فأوجَبَ عِتقَ رقبةٍ بينهما لاستوائِهما، فَيُصيبُ كلاً منهما النِّصفُ، غيرَ أنَّ الثَّابتَ استفادَ بالإيجابِ الثَّاني رُبعاً آخَرَ؛ لأنَّ الثَّاني دائرٌ بينَهُ وبينَ الدَّاخلِ، وهو الذي سمَّاه في الكتاب «آخراً» فيتنَصَّفُ بينهما، غيرَ أنَّ الثَّابتَ استحَقَّ نصفَ الحرِّيَّةِ بالإيجابِ الأوَّلِ، فشاعَ النِّصفُ المُستَحَقُّ بالثَّاني في نِصفَيهِ، فما أصابَ المُستَحَقَّ بالأوَّل لغا، وما أصابَ الفارغَ بَقِي، فيكونُ له الرُّبعُ، فتمَّت له ثلاثةُ الأرباع. ولأنَّه لو أريد هو بالثَّاني[1] يَعتِق نصفُهُ، ولو أُريد به الدَّاخلُ لا يَعتِقُ هذا النِّصفُ، فيَتَنصَّفُ فيَعتِقُ منه الرُّبعُ بالثَّاني والنِّصفُ بالأوَّل.

(١) أي: لو أريد الثَّاني بالإيجاب الثَّاني ...

فإنْ كانَ القَوْلُ منه في المَرَضِ قُسِمَ الثُّلُثُ على هذا. ....

وأمَّا الدَّاخلُ فمحمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ يقول: لمَّا دارَ الإيجابُ الثَّاني بينه وبين الثَّابتِ، وقد أصاب الثَّابتَ منه الرُّبعُ، فكذلك يُصيبُ الدَّاخلَ.

وهما يقولان: إنَّه[1] دائرٌ بينهما وقضيَّتُهُ التَّنصيفُ، وإنَّما نزَلَ إلى الرُّبعِ في حقِّ الثَّابتِ لاستحقاقِهِ النِّصفَ بالإيجابِ الأوَّلِ كما ذكرنا[2]، ولا استحقاقَ للدَّاخلِ من قبلُ فَيَثْبُتُ فيه[3] النِّصفُ.

قال: (فإنْ كانَ القَوْلُ منه في المَرَضِ قُسِمَ الثُّلُثُ على هذا[4])، وشرحُ ذلك: أن يَجمَعَ بين سهامِ العِتقِ، وهي سبعةٌ على قَولِهِما؛ لأنَّا نجعل كلَّ رقبةٍ على أربعةٍ؛ لِحاجَتِنا إلى ثلاثةِ الأرباع، فنقول: يَعتِقُ من الثَّابتِ ثلاثةُ أسهُمٍ، ومن الآخَرَينِ من كلِّ واحدٍ منهما سهمان، فَيَبلُغُ سهامُ العِتقِ سبعة.

والعِتقُ في مَرَضِ الموتِ وصيَّةٌ، ومَحلُّ نَفاذِها الثُّلُثُ، فلا بدَّ أن يُجعلَ سهامُ الورثةِ ضِعفَ ذلك، فَيُجعَلُ كلُّ رقبةٍ على سبعةٍ، وجميعُ المالِ أحدٌ وعشرون، فَيَعتِقُ من الثَّابتِ ثلاثةٌ ويَسعَى في أربعةٍ، ويَعتِقُ من الباقيين مِنْ كلِّ واحدٍ منهما سَهمانِ، ويَسعى في خمسةٍ، فإذا تأمَّلتَ وجمَعتَ استقامَ الثُّلُث والثُّلثان.

وعند محمد رَحِمَهُ اللهُ: يُجعَلُ كلُّ رقبةٍ على ستَّةٍ؛ لأنَّه يَعتِقُ من الدَّاخلِ عنده سهمٌ، فنَقَصَت سهامُ العتقِ بسهمٍ، وصار جميعُ المالِ ثمانيةَ عَشَر، وباقي التَّخريجِ ما مرَّ.

---

(١) أي: الإيجاب الثَّاني دائر بين الدَّاخل والثَّابت.

(٢) أي: عند قوله: «لأنَّ الثاني دائرٌ بينه وبين الدَّاخل فيتنصَّف». بناية.

(٣) أي: فيثبتُ في حقِّ الدَّاخل النِّصفُ. بناية.

(٤) أي: على ما ذُكِر.

ولو كانَ هذا في الطَّلاقِ وهُنَّ غيرُ مَدْخُولاتٍ، وماتَ الزَّوجُ قَبْلَ البَيانِ، سَقَطَ مِنْ مَهرِ الخارِجَةِ رُبْعُهُ، ومِنْ مَهرِ الثَّابتَةِ ثَلاثَةُ أثمانِهِ، ومِنْ مَهرِ الدَّاخِلَةِ ثُمُنُهُ. ومَنْ قال لِعَبْدَيهِ: «أحَدُكما حُرٌّ» فباعَ أحَدَهُما، أو ماتَ، أو قال له: «أنتَ حُرٌّ بعدَ مَوتي» عَتَقَ الآخَرُ، ....

(ولو كانَ هذا[1] في الطَّلاقِ وهُنَّ غيرُ مَدْخُولاتٍ[2] وماتَ الزَّوجُ قَبْلَ البَيانِ، سَقَطَ مِنْ مَهرِ الخارِجَةِ رُبْعُهُ، ومِنْ مَهرِ الثَّابتَةِ ثَلاثَةُ أثمانِهِ، ومِنْ مَهرِ الدَّاخِلَةِ ثُمُنُهُ)، قيل: هذا قولُ محمَّد رَحِمَهُ اللَّهُ خاصَّة، وعندهما: يَسقُط رُبعُه، وقيل: هو قولُهُما أيضاً، وقد ذكرنا الفرقَ[3] وتمامَ تفريعاتِها في الزِّيادات.

(ومَنْ قال لِعَبْدَيهِ: «أحَدُكما حُرٌّ» فباعَ أحَدَهُما، أو ماتَ، أو قال له: «أنتَ حُرٌّ بعدَ مَوتي» عَتَقَ الآخَرُ)؛ لأنَّه لم يَبقَ مَحلاً للعتقِ أصلاً بالموتِ، ولِلعتقِ من جِهتِهِ بالبيع، وللعتق من كلِّ وجهٍ بالتَّدبير، فتعيَّنَ له الآخَرُ، ولأنَّه بالبيعِ قَصَدَ الوُصولَ إلى

(١) أي: ولو كان هذا الكلام.

(٢) صورتُهُ: رجل له ثلاثُ نسوةٍ، ولم يدخلْ بهِنَّ، فقال لامرأتينِ منهنَّ: «إحداكما طالق»، ثمَّ خرجت واحدةٌ منهما ودخلتِ أخرى، فقال: «إحداكما طالقٌ»، ثمَّ خرجت واحدةٌ منهما ودخلتِ أخرى فقال: «إحداكما طالقٌ»، ومات الزَّوجُ قبلَ البيانِ.

(٣) أي: بين الطَّلاقِ والعتاق. أمَّا الفرقُ فهو:

- أنَّ الثَّابتَ في العتقِ بِمَنزلةِ المُكاتَبِ؛ لأنَّه حين تكلَّمَ كان له حقُّ البيانِ وصَرْفُ العتقِ إلى أيِّهما شاءَ من الثَّابتِ والخارج، فما دامَ له حقُّ البيانِ كان كلُّ واحدٍ من العبدينِ حرّاً من وجهٍ عبداً من وجهٍ، فإذا كان الثَّابتُ كالمكاتبِ كان الكلامُ الثَّاني صحيحاً من كلِّ وجهٍ؛ لأنَّه دائرٌ بينَ المكاتبِ والعبدِ، إلَّا أنَّه أصابَ الثَّابتَ منه الرُّبعُ، والدَّاخلَ النِّصفُ.

- وأمَّا الثَّابتةُ في الطَّلاقِ فَمُتردِّدةٌ بين أن تكونَ مَنكوحَةً وبينَ أن تكونَ أجنبيَّةً؛ لأنَّ الخارجةَ إذا كانت مُرادَةً بالإيجابِ الأوَّلِ كانتِ الثَّابتةُ منكوحَةً، فيَصِحُّ الإيجابُ الثَّاني، وإنْ كانتِ الثَّابتةُ هي المُرادةَ بالإيجابِ الأوَّلِ كانت أجنبيَّةً فَيَلغُو الإيجابُ الثَّاني، فَجُعِلت أجنبيَّةً من وجهٍ دونَ وجهٍ، فَيَصِحُّ الإيجابُ الثَّاني من وجهٍ دونَ وجهٍ، فَيَسقطُ نصفُ النِّصفِ، وهو الرُّبعُ، مُوزَّعاً بين مَهرِ الدَّاخلةِ والثَّابتةِ، فَيُصيبُ كلَّ واحدةٍ منهما الثُّمُنُ. عناية.

وكذلك لو قال لامرأتَيهِ: «إحداكُما طالقٌ»، ثمَّ ماتتْ إحداهما. ولو قال لأمَتَيْهِ: «إحداكُما حُرَّةٌ» ثمَّ جامَعَ إحداهُما، لم تَعتِقِ الأخرى عند أبي حنيفة، وقالا: تَعتِقُ.

الثَّمنِ، وبالتَّدبيرِ إبقاءَ الانتفاعِ إلى مَوتِهِ، والمَقصودانِ يُنافيانِ العِتقَ المُلتزَمَ، فتعيَّنَ له الآخَرُ دلالةً.

وكذا إذا استولَدَ إحداهما[1] للمَعْنَيين[2].

ولا فرقَ بين البيعِ الصَّحيح والفاسدِ مع القَبضِ وبدونِهِ، والمُطلَقِ وبِشَرطِ الخيارِ لأحدِ المُتعاقِدَين؛ لإطلاقِ جواب الكتاب[3]، والمعنى ما قلنا[4].

والعَرْضُ على البيعِ مُلحَقٌ به في المَحفوظِ عن أبي يوسف، والهبةُ والتَّسليمُ والصَّدقةُ والتَّسليمُ بمنزلةِ البيعِ؛ لأنَّه تمليكٌ.

(وكذلك لو قال لامرأتَيهِ: «إحداكُما طالقٌ»، ثمَّ ماتتْ إحداهما)؛ لِما قلنا[5].

وكذلك لو وَطِئ إحداهما لِما نبيِّن[6].

(ولو قال لأمَتَيْهِ: «إحداكُما حُرَّةٌ» ثمَّ جامَعَ إحداهُما، لم تَعتِقِ الأخرى عند أبي حنيفة. وقالا: تَعتِقُ)؛ لأنَّ الوَطءَ لا يَحِلُّ إلَّا في المِلكِ، وإحداهما حرَّةٌ، فكان بالوطءِ مُستَبقياً المِلكَ في المَوطوءةِ، فتَعيَّنتِ الأخرى لِزَوالِهِ بالعِتْقِ، كما في الطَّلاق.

---

(1) يعني: إذا وَطِئ إحداهما فعَلِقَت منه؛ لأنَّها صارت أمَّ ولدٍ له، فمن ضَرورةِ صحَّةِ أمِّيَّةِ الولدِ واستحقاقِ العتقِ بها انتفاءُ العتقِ المُنجَزِ عنها، وإذا انتفى عن إحداهما تعيَّنَ في الأخرى لِزَوالِ المُزاحمةِ. عناية.

(2) يعني: عدم محلِّيَّة العِتق بالاستيلاد من كلِّ وجه، وإبقاءُ الانتفاع إلى موته.

(3) أراد الجامعَ الصَّغير، حيث قال فيه: «باع أحدَهما» ولم يُقيِّده بشيء.

(4) وهو: أنَّه قصَدَ الوُصولَ إلى الثَّمنِ، والوصولُ إليه ينافي العِتقَ، فتعيَّن الآخَرُ له. عناية.

(5) أي: من أنَّ الميِّتَ لم يبقَ محلاً للعتقِ، فكذلك لم تَبقَ محلاً للطَّلاق، فتعيَّنت الأخرى للطَّلاق، فتطلُقُ الحيَّةُ.

(6) يعني: في المسألة التي بعدها.

ومَنْ قال لأمَتِهِ: «إنْ كانَ أوَّلُ وَلَدٍ تَلِدِينَهُ غُلاماً فأنتِ حُرَّةٌ»، فَوَلَدَتْ غُلاماً وجاريةً، ولا يَدْرِي أيَّهما وُلِدَ أوَّلاً، عَتَقَ نِصْفُ الأمِّ ونِصفُ الجارِيَةِ والغُلامُ عَبْدٌ. ......

وله: أنَّ المِلكَ قائمٌ في المَوطوءةِ؛ لأنَّ الإيقاعَ[١] في المُنكَّرةِ، وهي[٢] مُعيَّنةٌ، فكان وَطؤُها حلالاً، فلا يُجعَلُ[٣] بياناً، ولهذا حَلَّ وَطؤُهما على مَذهبِهِ، إلَّا أنَّه لا يُفتَى به[٤].

ثمَّ يُقال: العِتقُ غيرُ نازلٍ قبلَ البيانِ؛ لِتعلُّقِهِ به[٥]، أو يقال: نازلٌ[٦] في المُنكَّرةِ، فَيَظهرُ[٧] في حقِّ حُكمِ تَقبلُهُ، والوطءُ يُصادِفُ المُعيَّنةَ، بخلافِ الطَّلاقِ؛ لأنَّ المقصودَ الأصليَّ من النِّكاحِ الولدُ، وقَصدُ الولدِ بالوَطءِ يدلُّ على استبقاءِ المِلكِ في المَوطوءةِ صيانةً للولد، أمَّا الأمَةُ فالمَقصودُ من وَطئها قضاءُ الشَّهوةِ دونَ الولدِ، فلا يدلُّ على الاستبقاءِ.

(ومَنْ قال لأمَتِهِ: «إنْ كانَ أوَّلُ وَلَدٍ تَلِدِينَهُ غُلاماً فأنتِ حُرَّةٌ»، فَوَلَدَتْ غُلاماً وجاريةً، ولا يَدْرِي أيَّهما وُلِدَ أوَّلاً، عَتَقَ نِصفُ الأمِّ ونِصفُ الجارِيَةِ والغُلامُ عَبْدٌ)؛ لأنَّ كلَّ واحدةٍ منهما تَعتِق في حالٍ، وهو ما إذا وَلَدَتِ الغُلامَ أوَّلَ مَرَّة، الأمُّ بِالشَّرطِ والجاريةُ لكونِها تَبَعاً لها؛ إذِ الأمُّ حرَّةٌ حين وَلَدَتها، وتَرِقُّ في حالٍ

---

(١) أي: لأنَّ إيقاعَ الطَّلاقِ إنَّما هو في النكِّرةِ.

(٢) أي: الموطوءة معيَّنةٌ غيرُ منكَّرةٍ، فكان وطؤها حلالاً.

(٣) أي: فلا يُجعلُ الوَطءُ بياناً؛ لأنَّ كلَّ واحدةٍ منهما على هذه الصِّفةِ.

(٤) قيل: لأنَّ المُنكَّرةَ التي يَثبُتُ فيها العِتقُ لا تخلو عنهما، ومَبنَى الحِلِّ والحُرمةِ على الاحتياط، وهو فاسدٌ؛ لأنَّ فيه تلويحاً إلى تركِ أبي حنيفة الاحتياطَ، وأرى أنَّه لا يُفتى به لئلا يُتَّخَذَ مَغمَزاً لأبي حنيفة بتَركِ الاحتياط. عناية.

(٥) أي: لِتَعلُّقِ العتقِ بالبيان، فكان كالعِتقِ المُعلَّقِ بدخولِ الدَّارِ، وهو غيرُ نازلٍ قبلَ الدُّخولِ، فكذا هذا. عناية.

(٦) أي: العتقُ نازلٌ.

(٧) أي: العِتقُ النَّازلُ في المنكَّرةِ.

وإذا شَهِدَ رَجُلانِ على رَجُلٍ أنَّهُ أعتَقَ أحَدَ عَبْدَيهِ، فالشَّهادَةُ باطِلَةٌ عند أبي حنيفة، إلَّا أنْ يَكُونَ في وَصْيَةٍ. وإنْ شَهِدَ أنَّهُ طَلَّقَ إحدى نِسائِهِ جازَتِ الشَّهادَةُ، ويُجْبَرُ الزَّوجُ على أنَّ يُطَلِّقَ إحداهُنَّ، وقال أبو يوسف ومحمد: الشَّهادةُ في العِتْقِ مِثْلُ ذلك.

وهو ما إذا وَلَدتِ الجارية أوَّلاً لِعَدَمِ الشَّرطِ، فَيَعتِقُ نصفُ كلِّ واحدةٍ منهما وتَسعَى في النِّصفِ، أمَّا الغُلام فيَرِقُّ في الحالين، فلهذا يكون عبداً.

وإنِ ادَّعتِ الأمُّ أنَّ الغلامَ هو المولودُ أوَّلاً، وأنكرَ المولى والجاريةُ صغيرةٌ، فالقولُ قولُهُ مع اليمين؛ لإنكارِهِ شَرْطَ العتقِ، فإن حَلَفَ لم يَعتِقْ واحدٌ منهم، وإن نَكَل عَتَقَت الأمُّ والجاريةُ؛ لأنَّ دعوى الأمِّ حرِّيَةَ الصَّغيرةِ مُعتَبَرةٌ لكونِها نَفْعاً مَحْضاً، فاعتُبِرَ النُّكولُ في حقِّ حرِّيَّتِهِما فَعَتَقتا.

ولو كانت الجاريةُ كبيرةً ولم تَدَّعِ شيئاً والمسألةُ بحالِها، عَتَقَتِ الأمُّ بِنُكولِ المولى خاصَّةً دونَ الجاريةِ؛ لأنَّ دعوى الأمِّ غيرُ مُعتبَرَةٍ في حقِّ الجاريةِ الكبيرةِ، وصِحَّةُ النُّكولِ تُبتَنى على الدَّعوى، فلم يَظهَر في حقِّ الجاريةِ.

ولو كانت الجاريةُ الكبيرةُ هي المُدَّعيةَ لِسَبقِ ولادةِ الغُلامِ والأمُّ ساكتةٌ، يَثْبُتُ عِتقُ الجاريةِ بِنُكولِ المولى دونَ الأمِّ؛ لِما قلنا(١).

والتَّحليفُ على العِلمِ فيما ذكرنا؛ لأنَّه استحلافٌ على فِعلِ الغَيرِ، وبهذا القَدرِ يُعرَفُ ما ذكرنا من الوُجوهِ في كفاية المنتهي.

قال (وإذا شَهِدَ رَجُلانِ على رَجُلٍ أنَّهُ أعتَقَ أحَدَ عَبْدَيهِ، فالشَّهادَةُ باطِلَةٌ عند أبي حنيفة، إلَّا أنْ يَكُونَ في وَصْيَةٍ) استحساناً، ذكره في كتاب العِتاق.

(وإنْ شَهِدَ أنَّهُ طَلَّقَ إحدى نِسائِهِ جازَتِ الشَّهادَةُ، ويُجْبَرُ الزَّوجُ على أنَّ يُطَلِّقَ إحداهُنَّ)، وهذا بالإجماع، (وقال أبو يوسف ومحمد: الشَّهادةُ في العِتْقِ مِثْلُ ذلك).

---

(١) أراد ما سبق من قبوله: «وصِحَّةُ النُّكول تُبتنى على الدَّعوى».

وأصلُ هذا أنَّ الشَّهادةَ على عِتْقِ العبدِ لا تُقبَلُ من غيرِ دَعوى العبدِ عند أبي حنيفة ﵀، وعندهما تُقبَلُ، والشَّهادةُ على عِتْقِ الأمَةِ وطَلاقِ المَنكوحةِ مَقبولةٌ من غيرِ دعوى بالاتِّفاق[1]، والمسألةُ معروفةٌ .

وإذا كان دعوى العبدِ شَرْطاً عنده، لم تَتحقَّقْ في مسألةِ الكتاب[2]؛ لأنَّ الدَّعوى من المَجهولِ لا تَتحقَّقُ، فلا تُقبَلُ الشَّهادةُ.

وعندهما : ليس بِشَرطٍ فَتُقبلُ الشَّهادةُ وإنِ انعدَم الدَّعوى، أمَّا في الطَّلاق فعَدَمُ الدَّعوى لا يُوجِبُ خَللاً في الشَّهادةِ؛ لأنَّها ليست بِشَرطٍ فيها .

ولو شَهِدا أنَّه أعتَقَ إحدى أمتَيْهِ لا تُقبَلُ عند أبي حنيفة ﵀، وإنْ لم تَكُن الدَّعوى شَرطاً فيها؛ لأنَّه إنَّما لا تُشتَرَطُ الدَّعوى لِما أنَّه يَتضمَّنُ تحريمَ الفَرجِ، فشابَهَ الطَّلاقَ، والعِتقُ المُبهَمُ لا يُوجِبُ تحريمَ الفَرجِ عنده على ما ذكرناه[3]، فصار كالشَّهادةِ على عِتْق أحدِ العبدين .

وهذا كلُّه إذا شَهِدا في صحَّتِهِ على أنَّه أعتَقَ أحدَ عَبدَيهِ، أمَّا إذا شَهِدا أنَّه أعتَقَ أحَدَ عبديه في مَرضِ مَوتِهِ، أو شَهِدا على تَدبيرِهِ في صحَّتِهِ أو في مرضِهِ، وأداءُ الشَّهادةِ في مَرضِ موتِهِ أو بعدَ الوفاةِ، تُقبَل استحساناً؛ لأنَّ التَّدبيرَ حَيثُما وَقَعَ وَقَعَ وصيَّةً، وكذا العتقُ في مرضِ الموتِ وصيَّةٌ، والخَصمُ في الوصيَّة إنَّما هو المُوصِي[4] وهو معلومٌ، وعنه خَلَفٌ وهو الوَصيُّ أو الوارثُ، ولأنَّ[5] العِتقَ في مَرضِ الموتِ يَشيعُ بالموتِ فيهما، فصار كلُّ واحد منهما خَصماً متعيِّناً .

---

(١) وإنَّما اختلَفَ الحُكمُ على هذا الطَّريقِ بناءً على أنَّ العِتقَ من حُقوقِ العبادِ عنده، ومن حُقوقِ الشَّرع عندهما . عناية .

(٢) المراد بمسألة الكتاب : هي ما إذا شهدا أنَّه أعتق أحد عبديه لأنَّه عِتقُ المجهول.

(٣) يعني قوله : «أن الملك قائم في الموطوءة، ولهذا حلَّ وطؤها». بناية .

(٤) لأنَّ تنفيذَ الوصايا حقُّ الميتِ فكان الميتُ مدَّعيا تقديراً . عناية .

(٥) دليلٌ ثانٍ للاستحسان .

ولو شَهِدا بعد مَوتِهِ أنَّه قال في صحَّته: «أحدُكما حُرٌّ» فقد قيل: لا تُقبَل؛ لأنَّه ليس بوصيَّةٍ، وقيل: تُقبَلُ للشُّيوعِ، هو الصَّحيح، والله أعلم.

باب الحلف بالعتق

ومَنْ قال: «إذا دَخَلْتُ الدَّارَ فَكُلُّ مَمْلُوكٍ لي يومَئِذٍ فَهُو حُرٌّ»، وليس له مَمْلُوكٌ، فاشْتَرَى مَمْلُوكاً ثُمَّ دَخَلَ عَتَقَ، ولَوْ لَمْ يَكُنْ قال في يَمِينِهِ: «يَومَئِذٍ» لَمْ يَعتِقْ.
ومَنْ قال: «كُلُّ مَمْلُوكٍ لي ذَكَرٍ فَهُو حُرٌّ» ولَهُ جارِيَةٌ حامِلٌ، فَوَلَدَتْ ذَكَراً، لَمْ يَعتِقْ. ....

(باب الحلف بالعتق)

(ومَنْ قال: «إذا دَخَلْتُ الدَّارَ فَكُلُّ مَمْلُوكٍ لي يَومَئِذٍ فهو حُرٌّ»، وليس له مَمْلُوكٌ، فاشْتَرَى مَمْلُوكاً ثُمَّ دَخَلَ عَتَقَ)؛ لأنَّ قوله: «يومئذٍ» تقديرُهُ «يومَ إذْ دخلتُ»، إلَّا أنَّه أسقَطَ الفعلَ وعوَّضه بالتَّنوين، فكان المُعتبَرُ قيامَ المِلكِ وقتَ الدُّخولِ، وكذا لو كان في مِلكِه يومَ حَلَفَ عبدٌ، فَبَقِي على مِلكِهِ حتَّى دخل عَتَقَ لِما قلنا[1].

قال: (ولَوْ لَمْ يَكُنْ قال في يَمِينِهِ: «يَومَئِذٍ» لَمْ يَعتِقْ)؛ لأنَّ قوله: «كلُّ مَملُوكٍ لي» للحال، والجزاءُ حُرِّيةُ المَملوكِ في الحال، إلَّا أنَّه لمَّا دخل الشَّرطُ على الجزاءِ تأخَّر إلى وُجودِ الشَّرطِ، فيَعتِقُ إذا بَقِي على مِلكِهِ إلى وَقتِ الدُّخولِ، ولا يتناول مَنِ اشتراه بعد اليمين.

(ومَنْ قال: «كُلُّ مَمْلُوكٍ لي ذَكَرٍ فَهُو حُرٌّ» ولَهُ جارِيَةٌ حامِلٌ، فَوَلَدَتْ ذَكَراً، لَمْ يَعتِقْ)، وهذا إذا ولَدَت لستَّةِ أشهرٍ فصاعداً ظاهرٌ، لأنَّ اللَّفظَ للحال، وفي قيام الحَملِ وقتَ اليمين احتمالٌ[2]؛ لوجودِ أقلِّ مدَّةِ الحَملِ بعدَهُ، وكذا إذا وَلَدَت لأقلَّ من ستَّة أشهرٍ؛ لأنَّ اللَّفظَ يَتناوَلُ المَملُوكَ المُطلَقَ، والجنينُ مملوكٌ تبعاً للأمِّ لا مقصوداً، ولأنَّه عُضوٌ من وجهٍ، واسمُ المَملوكِ يتناولُ الأنفُسَ دونَ الأعضاءِ، ولهذا لا يَملِكُ بيعَهُ مُنفرِداً.

---

(١) يُريد به قولَه: «فكان المُعتبَر قيامَ الملك وقت الدُّخول».
(٢) يعني: يحتمل وجود الحمل وقت اليمين ويحتمل أن لا يكون موجوداً.

وإنْ قال: «كلُّ مَمْلُوكٍ أملِكُهُ حُرٌّ بعدَ غَدٍ»، أو قال: «كُلُّ مَمْلُوكٍ لي فَهُو حُرٌّ بعدَ غَدٍ»، ولَهُ مَملُوكٌ فاشْتَرَى آخرَ، ثمَّ جاءَ بَعْدُ غَدٍ عَتَقَ الذي في مِلْكِهِ يَوْمَ حَلَفَ. ولَوْ قال: «كُلُّ مَمْلُوكٍ أمْلِكُهُ»، أو قال: «كُلُّ مَمْلُوكٍ لي حُرٌّ بَعْدَ مَوْتي»، ولَهُ مَمْلُوكٌ، فاشْتَرَى مَمْلُوكاً آخَرَ، فالذي كان عندَ وَقْتِ اليَمينِ مُدَبَّرٌ، والآخَرُ ليس بِمُدَبَّرٍ، وإنْ ماتَ عَتَقا مِنَ الثُّلُثِ.

قال العبدُ الضَّعيفُ: وفائدةُ التَّقييدِ بِوَصفِ الذُّكورةِ أنَّه لو قال: «كلُّ مملوكٍ لي» تدخلُ الحامِلُ، فيدخلُ الحملُ تَبَعاً لها.

(وإنْ قال: «كلُّ مَمْلُوكٍ أملِكُهُ حُرٌّ بعدَ غَدٍ»، أو قال: «كُلُّ مَمْلُوكٍ لي فَهُو حُرٌّ بعدَ غَدٍ»، ولَهُ مَملُوكٌ فاشْتَرَى آخرَ، ثمَّ جاءَ بَعْدُ غَدٍ عَتَقَ الذي في مِلْكِهِ يَوْمَ حَلَفَ)؛ لأنَّ قوله: «أملِكُه» للحال حقيقةً، يقال: «أنا أملِكُ كذا وكذا»، ويُرادُ به الحال، وكذا يُستَعمَلُ له من غيرِ قرينةٍ، والاستقبالُ بقرينةِ السِّين أو سوف، فيكونُ مُطلَقُهُ للحال، فكان الجزاءُ حرِّيَّةَ المَملوكِ في الحالِ مُضافاً إلى ما بعد الغَدِ، فلا يَتناولُ ما يَشترِيهِ بعد اليمين.

(ولَوْ قال: «كُلُّ مَمْلُوكٍ أمْلِكُهُ»، أو قال: «كُلُّ مَمْلُوكٍ لي حُرٌّ بَعْدَ مَوْتي»، ولَهُ مَمْلُوكٌ، فاشْتَرَى مَمْلُوكاً آخَرَ، فالذي كان عندَ وَقْتِ اليَمينِ مُدَبَّرٌ والآخَرُ ليس بِمُدَبَّرٍ، وإنْ ماتَ عَتَقا مِنَ الثُّلُثِ).

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ في النَّوادر: يَعتِقُ ما كان في مِلكِهِ يومَ حَلَف، ولا يَعتِقُ ما استفادَ بعد يمينِهِ، وعلى هذا إذا قال: «كلُّ مملوكٍ لي إذا مِتُّ فهو حُرٌّ».

له: أنَّ اللَّفظَ حقيقةٌ للحال على ما بيَّنّاه[1]، فلا يَعتِقُ به ما سَيملِكُه، ولهذا صار هو مدبَّراً دونَ الآخر.

---

(١) أي: عند قوله قبل قليل: «فيكون مطلقه للحال».

ولهما: أنَّ هذا إيجابُ عِتْقٍ وإيصاءٌ[1]، حتَّى اعتُبِر من الثُّلث، وفي الوصايا تُعتَبرُ الحالةُ المُنتظَرَة والحالةُ الرَّاهنةُ، ألا ترى أنَّه يَدخُلُ في الوصيَّةِ بالمال ما يَستفيدُه بعد الوصيَّةِ، وفي الوصيَّةِ لأولادِ فلانٍ مَن يُولَد له بعدَها.

والإيجابُ إنَّما يَصحُّ مضافاً إلى المِلكِ أو إلى سَبَبِهِ، فمِنْ حيثُ إنَّه إيجابُ العِتقِ يَتناولُ العبدَ المَملُوكَ اعتباراً للحالةِ الرَّاهنةِ، فَيَصيرُ مدبَّراً، حتَّى لا يجوزُ بيعُهُ، ومِنْ حيثُ إنَّه إيصاءٌ يَتناولُ الذي يَشترِيهِ اعتباراً للحالةِ المُترَبَّصةِ، وهي حالةُ الموتِ، وقبلَ الموتِ حالةُ التَّملُّكِ استقبالٌ مَحضٌ، فلا يَدخُلُ تحتَ اللَّفظِ، وعند الموتِ يَصيرُ كأنَّه قال: «كلُّ مملوكٍ لي، أو كلُّ مملوكٍ أملِكُه فهو حُرٌّ».

بخلاف قولِهِ: «بعد غد» على ما تقدَّم[2]، لأنَّه تصرُّفٌ واحدٌ، وهو إيجابُ العتقِ، وليس فيه إيصاءٌ، والحالةُ محضُ استقبالٍ فافترقا.

ولا يقال: «إنَّكم جَمَعتُم بينَ الحالِ والاستقبالِ»، لأنَّا نقول: نعم، لكن بِسَبَبينِ مُختلِفَين، إيجابُ عتقٍ ووصيةٌ، وإنَّما لا يَجوزُ ذلك بسببٍ واحدٍ.

---

(١) أمَّا إنَّه إيجابُ عتقٍ فبقوله: «كلُّ مملوكٍ أملِكُه» أو «لي فهو حُرٌّ»، وأمَّا إنَّه إيصاءٌ فبقوله: «بعد موتي».

(٢) أي: عند قوله: «كلُّ مَمْلُوكٍ أملِكُهُ حُرٌّ بعدَ غَدٍ». انظر ص (٣٣٢).

باب العتق على جُعل

ومَنْ أعتَقَ عَبْدَهُ على مالٍ فَقَبِلَ العَبْدُ عَتَقَ، ولو عَلَّقَ عِتْقَهُ بِأداءِ المالِ صَحَّ وصارَ مَأذُوناً، ....

(باب العتق على جُعل)[1]

(ومَنْ أعتَقَ عَبْدَهُ على مالٍ فقبِلَ العَبْدُ عتَقَ)، وذلك مِثلُ أن يقولَ: «أنتَ حُرٌّ على ألفِ درهمٍ، أو بألفِ درهمٍ»، وإنَّما يَعتِقُ بِقَبُولِهِ؛ لأنَّه مُعاوَضةُ المالِ بغيرِ المالِ؛ إذِ العبدُ لا يَملِكُ نفسَهُ، ومِنْ قضيَّةِ المُعاوضةِ ثُبوتُ الحُكم بِقبولِ العِوَضِ للحالِ، كما في البيعِ، فإذا قَبِل صارَ حُرّاً، وما شُرِط دينٌ عليه حتَّى تَصِحُّ الكفالةُ به، بخلاف بدَلِ الكتابةِ؛ لأنَّه ثبَتَ مع المُنافي، وهو قيامُ الرِّقِّ على ما عُرِفَ.

وإطلاقُ لفظِ «المال» يَنتظِمُ أنواعَهُ من النَّقْدِ والعَرَضِ والحَيَوانِ، وإنْ كان بِغَيرِ عَينِهِ؛ لأنَّه مُعاوَضةُ المالِ بغيرِ المالِ، فَشابَهَ النِّكاحَ والطَّلاقَ والصُّلحَ عن دمِ العمدِ[2]، وكذا[3] الطَّعامُ والمَكيلُ والمَوزونُ إذا كان معلومَ الجِنسِ، ولا تَضرُّه جهالةُ الوصفِ؛ لأنَّها يسيرة[4].

قال: (ولو علَّقَ عِتْقَهُ بِأداءِ المالِ صَحَّ وصارَ مَأذُوناً)، وذلك مِثلُ أن يقول: «إنْ أدَّيتَ إليَّ ألفَ درهمٍ فأنت حُرٌّ».

---

(١) «الجُعل» بالضَّمِّ، ما جُعِل للإنسان من شيءٍ على شيء يفعله، وكذلك «الجِعالة» بالكسر.

(٢) وجهُ المشابهةِ من حيثُ إنَّ الحيوانَ يثبُتُ ديناً في الذِّمَّةِ في هذِهِ، فكذا هنا. بناية.

(٣) أي: وكذا يجوز ان يكون الطعام عوضاً عن الإعتاق، بأن يقول: أعتقتك على مائة قفيز من الحنطة.

(٤) بأن لم يقل: إنَّها جيِّدة، أو رديئة، ربيعيَّة، أو خريفيَّة؛ فإنَّ جهالة الوصف لا تمنع صحَّة التَّسمية؛ لكونها يسيرة.

وإنْ أحضَرَ المالَ أجْبَرَهُ الحاكِمُ على قَبْضِهِ وعَتَقَ العَبدُ. ....

ومعنى قوله: «صحَّ» أنَّه يَعتِقُ عندَ الأداءِ من غيرِ أن يَصيرَ مُكاتِباً[1]؛ لأنَّه صريحٌ في تَعليقِ العِتْقِ بالأداء، وإنْ كان فيه معنى المُعاوَضةِ في الانتهاء، على ما نُبيِّن إن شاء الله تعالى.

وإنَّما صار مأذوناً؛ لأنَّه رغَّبَهُ في الاكتسابِ بِطَلَبِه الأداءَ منه، ومرادُهُ التِّجارةُ دونَ التَّكدِّي، فكان إذناً له دِلالةً.

(وإنْ أحضَرَ المالَ أجْبَرَهُ الحاكِمُ على قَبْضِهِ وعَتَقَ العَبدُ)، ومعنى الإجبارِ فيه وفي سائرِ الحقوقِ أنَّه يَنزِلُ قابضاً بالتَّخلية[2].

وقال زفر رَحِمَهُ اللهُ: لا يُجبَرُ على القَبول، وهو القياس؛ لأنَّه تَصرُّفُ يَمينٍ، إذ هو تعليقُ العِتقِ بالشَّرطِ لفظاً[3]، ولهذا[4] لا يَتوقَّفُ على قَبولِ العبدِ، ولا يَحتمِلُ الفَسْخَ، ولا جَبْرَ على مُباشرةِ شُروطِ الأيمان[5]؛ لأنَّه لا استحقاقَ قبلَ وُجودِ الشَّرطِ، بخلافِ الكتابةِ[6]؛ لأنَّه[7] مُعاوَضةٌ والبدلُ فيها واجبٌ.

---

(١) يعني: لا تَثبُت في حقِّه أحكامُ المُكاتَبين، حتَّى لو مات وتَرَك وفاءً فالمالُ لِمَولاه ولا يُؤدَّى عنه، ولو مات المولى فالعبدُ رقيقٌ يُورَث عنه مع ما في يده من أكسابه، إلى غير ذلك.

(٢) وتتمُّ التَّخليةُ برفع المانع من القَبض، سواءٌ قَبَض أو لم يَقبِض، وليس المرادُ بالإجبار ما هو المفهوم منه عند النَّاس من الإكراه بالضَّرب أو الحبس.

(٣) احترازٌ عن الكتابةِ، فإنَّها ليست بتعليقٍ لفظيٍّ، فإنَّه لو قال لِعَبدِهِ: «كاتبتُكَ على كذا من المالِ» صحَّتِ الكتابةُ وليس فيه تعليقٌ لفظيٌّ؛ لعدَمِ ألفاظِ الشَّرطِ فيه. عناية.

(٤) أي: ولأنَّه تصرُّف يمين لا يتوقَّف على قَبول العبد.

(٥) متَّصلٌ بقوله: «لأنَّه تَصرُّف يمين».

(٦) مُتَّصِلٌ بقوله: «إذ هو تعليقُ العِتقِ بالشَّرطِ لفظاً».

(٧) أي: عَقدُ الكتابةِ.

ولنا: أنَّه تعليقٌ نظراً إلى اللَّفظِ، ومُعاوَضةٌ نظراً إلى المَقصودِ؛ لأنَّه ما عَلَّقَ عِتقَه بالأداءِ إلَّا لِيَحُثَّه على دَفعِ المال، فَينالُ العبدُ شرَفَ الحرِّيَّةِ، والمولى المالَ بِمُقابَلَتِهِ بِمَنزلةِ الكتابةِ.

ولهذا[1] كان[2] عِوَضاً في الطَّلاق في مثلِ هذا اللَّفظِ[3] حتَّى كان بائناً، فَجعلناهُ[4] تَعليقاً في الابتداءِ عملاً باللَّفظِ[5]، ودَفعاً للضَّررِ عن المولى، حتَّى لا يَمتنِعُ عليه بيعُهُ، ولا يكونُ العبدُ أحقَّ بِمَكاسِبِه، ولا يَسرِي إلى الولَدِ المَولودِ قبلَ الأداء.

وجَعَلناه مُعاوَضَةً في الانتهاء عندَ الأداءِ دَفعاً للضَّررِ عن العبدِ، حتَّى يُجبَرُ المولى على القَبولِ، فعلى هذا يَدُورُ الفِقهُ وتُخرَّجُ المسائلُ، نظيرُهُ الهبةُ بِشَرط العِوَض[6].

ولو أدَّى البعض يُجبَرُ على القَبولِ، إلَّا أنَّه لا يَعتِقُ ما لم يُؤدِّ الكُلَّ؛ لعدمِ الشَّرطِ، كما إذا حطَّ البعضَ وأدَّى الباقي.

ثمَّ لو أدَّى ألفاً اكتَسَبها قبلَ التَّعليقِ، رجَعَ المولى عليه وعَتَقَ لاستحقاقِها[7]، ولو كان اكتَسَبَها بعدَهُ لم يَرجِعْ عليه؛ لأنَّه مأذونٌ من جهتِهِ بالأداءِ منه.

ثمَّ الأداءُ في قوله: «إنْ أدَّيتَ» يَقتصِرُ على المَجلِسِ؛ لأنَّه تَخييرٌ، وفي قولِهِ: «إذا أدَّيت» لا يَقتصِرُ؛ لأنَّ «إذا» تُستعمَلُ للوقتِ بمنزلَةِ «متى».

---

(١) أي: ولأجلِ كونِ المالِ بمقابلةِ العِتقِ نظراً إلى المَقصودِ. بناية.

(٢) أي: المال.

(٣) أي: نحو ما إذا قال: «إن أدَّيتِ إليَّ ألفاً فأنتِ طالقٌ».

(٤) أي: قولَ المولى: «إن أدَّيتَ إليَّ ألفاً فأنتِ حرٌّ».

(٥) وهو كونُهُ بحرفِ الشَّرطِ.

(٦) حيث نجعلها هبةً ابتداءً، وبيعاً بعد القبض.

(٧) لاستحقاق المولى للألف؛ لأن العبد وما في يده لسيِّده.

وَمَنْ قال لِعَبدِهِ: «أنتَ حُرٌّ بعدَ مَوتي على ألفِ دِرْهَم»، فَالقَبُولُ بعدَ المَوتِ.
وَمَنْ أعتَقَ عَبْدَهُ على خِدْمَتِهِ أربَعَ سِنينَ، فَقَبِلَ العبدُ، فَعَتَقَ، ثُمَّ ماتَ مِنْ ساعَتِهِ، فَعَلَيهِ قِيمَةُ نَفسِهِ في مالِهِ عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: عليه قِيمَةُ خِدْمَتِهِ أربَعَ سِنينَ. ....

(وَمَنْ قال لِعَبدِهِ: «أنتَ حُرٌّ بعدَ مَوتي على ألفِ دِرْهَم»، فَالقَبُولُ بعدَ المَوتِ)؛ لإضافةِ الإيجابِ إلى ما بعدَ الموتِ، فصار كما إذا قال: «أنتَ حرٌّ غداً بألفِ درهمٍ».

بخلافِ ما إذا قال: «أنتَ مدبَّرٌ على ألفِ درهم»، حيثُ يكونُ القَبولُ إليه في الحالِ؛ لأنَّ إيجابَ التَّدبيرِ في الحالِ، إلَّا أنَّه لا يَجِبُ المالُ لقيامِ الرِّقِّ.

قالوا: لا يَعتِقُ عليه في مسألة الكتاب[١]، وإنْ قَبِلَ بعدَ الموتِ ما لم يَعتِقْه الوارثُ؛ لأنَّ الميِّتَ ليس بأهلٍ للإعتاق، وهذا[٢] صحيحٌ.

قال: (وَمَنْ أعتَقَ عَبْدَهُ على خِدْمَتِهِ أربَعَ سِنينَ، فَقَبِلَ العبدُ، فَعَتَقَ، ثُمَّ ماتَ مِنْ ساعَتِهِ، فَعَلَيهِ قِيمَةُ نَفسِهِ في مالِهِ عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: عليه قِيمَةُ خِدْمَتِهِ أربَعَ سِنينَ).

أمَّا العِتقُ فلأنَّه جَعَلَ الخِدمةَ في مدَّةٍ معلومةٍ عِوَضاً، فيتعلَّق العِتقُ بالقَبولِ، وقد وُجِد[٣]، ولَزِمَهُ خِدمةُ أربعِ سنين؛ لأنَّه يَصلُح عِوَضاً، فصار كما إذا أعتَقَه على ألف درهم.

ثمَّ إذا مات العبدُ فالخلافيَّةُ فيه بناءً على خِلافيةٍ أخرى، وهي أنَّ مَن باع نفسَ العبدِ منه بجاريةٍ بِعَينِها، ثمَّ استُحِقَّتِ الجاريةُ أو هَلَكت، يرجع المولى على العبدِ

(١) أي: الجامعُ الصَّغير، وهي قوله: «أنتَ حرٌّ بعد موتي على ألف درهم». عناية.
(٢) أي: قولُهُم: «لأنَّه لا يَعتِقُ ما لم يَعتِقْه الوارثُ».
(٣) أي: القَبولُ.

ومَنْ قال لآخر: «أعتِقْ أمَتَكَ على ألفِ دِرهَمٍ، على أنْ تُزَوِّجَنِيها»، فَفَعَل، فأبَتْ أنْ تَتَزَوَّجَهُ، فَالعِتْقُ جائِزٌ، ولا شَيءَ على الآمِرِ. ولو قال: «أعتِقْ أمَتَكَ عَنِّي عَلَى ألفِ دِرْهَمٍ» والمَسألةُ بِحالِها، قُسِمَتِ الألفُ على قِيمَتِها ومَهْرِ مِثْلِها، فما أصابَ القِيمَةَ أدَّاهُ الآمِرُ، وما أصابَ المَهْرَ بَطَلَ عنه.

بقيمةِ نفسِهِ عندهما [ويَعتِقُ][1]، وبقيمةِ الجاريةِ عنده، وهي[2] معروفةٌ.

ووجهُ البناء[3]: أنَّه كما يَتعذَّرُ تَسليمُ الجاريةِ بالهلاكِ والاستحقاقِ، يَتعذَّرُ الوصولُ إلى الخدمةِ بِمَوتِ العبدِ، وكذا بِمَوتِ المولى، فصار نَظيرَها.

(ومَنْ قال لآخر: «أعتِقْ أمَتَكَ على ألفِ دِرهَمٍ، على أنْ تُزَوِّجَنِيها»، فَفعَل، فأبَتْ أنْ تتزَوَّجَهُ، فَالعِتْقُ جائِزٌ ولا شَيءَ على الآمِرِ)؛ لأنَّ مَن قال لِغَيرِه: «أعتِقْ عبدَكَ على ألفِ درهمٍ عليَّ» ففَعَلَ، لا يلزَمُهُ شيءٌ، ويقَعُ العِتقُ على المأمورِ.

بخلافِ ما إذا قال لِغَيرِهِ: «طَلِّقِ امرأتَكَ على ألفِ درهم عليَّ» ففَعَل، حيثُ يجبُ الألفُ على الآمرِ؛ لأنَّ اشتراطَ البدلِ على الأجنبيِّ في الطَّلاقِ جائزٌ، وفي العتاقِ لا يجوزُ، وقد قرَّرناه من قبل[4].

(ولو قال: أعتِقْ أمَتَكَ عَنِّي عَلَى ألفِ دِرْهَم» والمَسألةُ بِحالِها، قُسِمَتِ الألفُ على قِيمَتِها ومَهرِ مِثْلِها، فما أصابَ القِيمَةَ أدَّاهُ الآمِرُ، وما أصابَ المَهْرَ بَطَلَ عنه)؛ لأنَّه لَمَّا قال: «عنِّي» تضمَّنَ الشِّراءَ اقتضاءً على ما عُرِفَ، وإذا كان كذلك فقد قابَلَ الألْفَ بالرَّقبة شِراءً، وبالبُضْع نِكاحاً، فانقسَمَ عليهما، ووَجَبت حصَّةُ ما سَلِمَ له، وهو الرَّقبةُ، وبطَلَ عنه ما لم يَسلَم، وهو البُضْعُ.

---

(١) زيادة من (ج).

(٢) أي: مسألةُ بَيعِ نَفسِ العبدِ منه بالجاريةِ إذا استُحِقَّت. عناية.

(٣) أي: وجهُ بناءِ تلك الخلافيَّةِ على هذه الخلافيَّةِ.

(٤) يعني: في الخلع، في مسألة خلعِ الأب ابنتَه الصَّغيرة، على وجه الإشارة، انظر ص (٢١٠).

فلو زوَّجت نَفسَها منه، لم يَذكُرْه[1]. وجوابُه: أنَّ ما أصابَ قِيمَتَها سَقَطَ في الوجهِ الأوَّل، وهي للمولى في الوجه الثَّاني، وما أصابَ مهرَ مِثلِها كان مهراً لها في الوجهين.

(١) يعني: الإمام محمد في الجامع الصغير.

باب التدبير

إذا قال المَوْلَى لِمَمْلُوكِهِ: «إذا مِتُّ فأنتَ حُرٌّ، أو أنتَ حُرٌّ عَنْ دُبُرٍ مِنِّي، أو أنتَ مُدَبَّرٌ، أو قد دَبَّرْتُكَ» فقد صارَ مُدَبَّراً، ثمَّ لا يَجُوزُ بَيْعُهُ ولا هِبتُهُ ولا إخراجُهُ عَنْ مِلكِهِ إلَّا إلى الحُرِّيَّةِ، ....

(باب التدبير[1])

(إذا قال المَوْلَى لِمَمْلُوكِهِ: «إذا مِتُّ فأنتَ حُرٌّ، أو أنتَ حُرٌّ عَنْ دُبُرٍ مِنِّي، أو أنتَ مُدَبَّرٌ، أو قد دَبَّرْتُكَ» فقد صارَ مُدَبَّراً)؛ لأنَّ هذه الألفاظَ صريحٌ في التَّدبير، فإنَّه إثباتُ العِتقِ عن دُبُرٍ.

(ثمَّ لا يَجُوزُ بَيْعُهُ ولا هِبتُهُ ولا إخراجُهُ عَنْ مِلكِهِ إلَّا إلى الحُرِّيَّةِ)، كما في الكتابة.

وقال الشَّافعيُّ[2]: يَجوزُ؛ لأنَّه تعليقُ العِتقِ بالشَّرطِ، فلا يَمتنِعُ به البيعُ والهبةُ كما في سائرِ التَّعليقاتِ، وكما في المُدبَّرِ المُقيَّدِ[3]، ولأنَّ التَّدبيرَ وصيَّةٌ، وهي غيرُ مانعةٍ من ذلك.

---

(١) والتَّدبيرُ في اللُّغة: هو النَّظر إلى عاقبة الأمر.
وفي الشَّريعة: هو إيجابُ العتقِ الحاصلِ بعدَ موتِ الإنسان بألفاظٍ تدلُّ عليه صريحاً، كقوله: «دبَّرتُك، أو أنتَ مدبَّر»، أو دلالةً كقوله: «إذا مِتُّ فأنتَ حرٌّ، أو أنتَ حرٌّ مع موتي، أو في موتي»، وكقوله: «أوصيتُ لك بنَفسك، أو برقبتك، أو بثلث مالي».

(٢) قال المجموع (١٦/ ١٥) دار الفكر: ويَملِكُ المولى بيعَ المدبَّرِ، ويَملِكُ هبَتَهُ ووقفَهُ وكتابَتَهُ قياساً على البيع، ويملك أكسابَهُ ومنافِعَهُ وأرشَ ما يُجنَى عليه؛ لأنَّه لمَّا كان كالعبد القِنِّ في التَّصرُّفِ في الرَّقبةِ كان كالقن فيما ذكرناه، وان جَنَى خطَأً تعلَّقَ الأرشُ برقبته، وهو بالخيار بين أن يُسلِّمَه للبيع وبين أن يفديه كما يفدي العبد القِنَّ؛ لأنَّه كالقِنِّ في جوازِ بيعِهِ فكان كالقِنِّ في جوازِ التَّسليم للبيع والفداء. اهـ.

(٣) فإنَّه يجوزُ بالاتِّفاق. بناية.

ولِلمَولَى أنْ يَسْتَخدِمَهُ ويُؤاجِرَهُ، وإنْ كانت أمَةً وَطِئَها، ولَهُ أنْ يُزَوِّجَها، فإذا ماتَ المَوْلَى عَتَقَ المُدَبَّرُ مِنْ ثُلُثِ مالِهِ، ....

ولنا: قوله ﷺ: «المُدبَّرُ لا يُباعُ ولا يُوهَبُ ولا يُورَثُ، وهو حُرٌّ من الثُّلث[1]»، ولأنَّه سببُ الحرِّيَّةِ؛ لأنَّ الحرِّيَّةَ تثبُتُ بعد المَوتِ، ولا سبَبَ غيرُهُ؛ ثمَّ جَعْلُه سبباً في الحالِ أولى لِوُجودِهِ في الحالِ وعدَمِهِ بعد الموتِ؛ ولأنَّ ما بعدَ الموتِ حالُ بُطلانِ أهليَّةِ التَّصرُّفِ، فلا يُمكِنُ تأخيرُ السَّببيَّةِ إلى زمانِ بُطلانِ الأهليَّةِ.

بخلافِ سائرِ التَّعليقاتِ؛ لأنَّ المانعَ من السَّببيَّةِ قائمٌ قبلَ الشَّرطِ؛ لأنَّه يَمينٌ، واليمينُ مانعٌ، والمَنعُ هو المَقصودُ، وأنَّه يُضادُّ وقوعَ الطَّلاقِ والعتاقِ، وأمكَنَ تأخيرُ السَّببيةِ إلى زمانِ الشَّرطِ؛ لقيامِ الأهليَّةِ عنده، فافترقا.

ولأنَّه[2] وصيَّةٌ، والوصيَّةُ خِلافةٌ في الحالِ كالوِراثةِ، وإبطالُ السَّببِ لا يجوزُ[3]، وفي البيعِ وما يُضاهيهِ ذلك[4].

قال: **(ولِلمَولَى أنْ يَسْتَخدِمَهُ ويُؤاجِرَهُ، وإنْ كانت أمَةً وَطِئَها، ولَهُ أنْ يُزَوِّجَها)**؛ لأنَّ المِلكَ فيه ثابتٌ له، وبه تُستفادُ ولايةُ هذه التَّصرُّفات.

(فإذا ماتَ المَوْلَى عَتَقَ المُدَبَّرُ مِنْ ثُلُثِ مالِهِ) لما روينا[5]؛ ولأنَّ التَّدبيرَ وصيَّةٌ؛ لأنَّه تبرُّعٌ مُضافٌ إلى وقتِ الموتِ، والحكمُ غيرُ ثابتٍ في الحالِ، فينفُذُ من الثُّلثِ، حتَّى لو لم يكنْ له مالٌ غيرُه يَسعى في ثُلُثَيه، وإن كان على المولى دَينٌ

(١) أخرج الدار قطني في المكاتب برقم (٥٠) عن ابن عمر أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «المُدبَّرُ لا يُباعُ ولا يُوهَبُ، وهو حُرٌّ من الثُّلُث».

(٢) فرق ثالث بين التَّدبير وسائر التعليقات.

(٣) تتمَّة الدَّليل، فهو متَّصل بقوله: «ولأنَّه سبب الحرِّيَّة».

(٤) التقدير: وفي البيع وما يُشابهه من الهبة والصَّدقة والإمهار ذلك، أي: إبطالُ سببِ الحرِّية، فلا يجوز كلٌّ منها.

(٥) يعني: من حديث ابن عمر رضي الله عنهما وهو قوله ﷺ: «وهو حرٌّ من الثُّلث»، انظر ت (١) من هذه الصحيفة

وَوَلَدُ المُدَبَّرَةِ مُدَبَّرٌ، وإنْ عَلَّقَ التَّدبيرَ بِمَوتِهِ على صِفَةٍ، مِثلُ أنْ يَقُولَ: «إنْ مُتُّ مِنْ مَرَضِي هذا»، أو «سَفَرِي هذا»، أو «مِنْ مَرضٍ هذا»، فليس بِمُدَبَّرٍ، ويَجُوزُ بَيْعُهُ، فإنْ ماتَ المَوْلَى على الصِّفَةِ التي ذَكَرَها عَتَقَ كما يَعتِقُ المُدَبَّرُ.

يَسعَى في كلِّ قيمتِهِ؛ لِتَقدُّم الدَّينِ على الوصيَّةِ، ولا يُمكِنُ نَقضُ العِتقِ فيَجبُ رَدُّ قيمتِهِ.

(وَوَلَدُ المُدَبَّرَةِ مُدَبَّرٌ)، وعلى ذلك نُقِل إجماعِ الصَّحابة رضي الله عنهم.

(وإنْ عَلَّقَ التَّدبيرَ بِمَوتِهِ على صِفَةٍ، مِثلُ أنْ يَقُولَ: «إنْ مُتُّ مِنْ مَرَضي هذا، أو سَفَرِي هذا، أو مِنْ مَرضٍ كذا»، فليس بِمُدَبَّرٍ ويَجُوزُ بَيْعُهُ)؛ لأنَّ السَّببَ لم يَنعقِدْ في الحالِ؛ لِتردُّدٍ في تلك الصِّفةِ، بخلافِ المُدبَّر المُطلَق؛ لأنَّه تعلَّقَ عِتقُهُ بِمُطلَقِ الموتِ، وهو كائنٌ لا مَحالةَ.

(فإنْ ماتَ المَوْلَى على الصِّفَةِ التي ذَكَرَها عَتَقَ كما يَعتِقُ المُدَبَّرُ)، معناه من الثُّلث؛ لأنَّه ثبَتَ حكمُ التَّدبيرِ في آخرِ جُزءٍ من أجزاءِ حياتِهِ؛ لِتَحقُّقِ تلك الصِّفةِ فيه، فلهذا يُعتبَرُ من الثُّلُثِ.

ومِنَ المُقيَّدِ أن يقولَ: «إنْ مُتُّ إلى سنةٍ، أو عشرِ سنينَ»؛ لِما ذكرنا[1]، بخلافِ ما إذا قال: «إلى مائة سنة»، ومِثلُهُ لا يعيشُ إليه في الغالبِ؛ لأنَّه كالكائنِ لا مَحالةَ.

---

(١) يعني: قوله: «لِتَردُّدٍ في تلك الصِّفة». عناية.

باب الاستيلاد

وإذا وَلَدَتِ الأمَةُ مِنْ مَوْلاها فَقَدْ صارَتْ أمَّ وَلَدٍ لَهُ، لا يَجُوزُ بَيْعُها، ولا تَمْلِيكُها،

(باب الاستيلاد)

(وإذا وَلَدَتِ الأمَةُ مِنْ مَوْلاها فَقَدْ صارَتْ أمَّ وَلَدٍ لَهُ، لا يَجُوزُ بَيْعُها ولا تَمْلِيكُها) لقوله ﷺ: «أعتقَها ولَدُها[(١)]»، أخبَرَ عن إعتاقِها، فيَثْبُتُ بعضُ مَواجِبِه، وهو حُرمةُ البيعِ، ولأنَّ الجُزئيَّةَ قد حصَلَت بينَ الواطئِ والمَوطُوءةِ بواسطةِ الولدِ، فإنَّ الماءَينِ قد اختَلَطا بحيثُ لا يُمكِنُ التَّميزُ بينهما على ما عُرِفَ في حُرمةِ المُصاهرةِ، إلَّا أنَّ بعدَ الانفصالِ تبقى الجُزئيَّةُ حُكماً لا حقيقةً، فضَعُفَ السَّببُ فأوجَبَ حُكماً مُؤجَّلاً إلى ما بعد الموت.

وبقاءُ[(٢)] الجزئيَّةِ حُكماً باعتبار النَّسبِ[(٣)]، وهو من جانبِ الرِّجالِ، فكذا الحرِّيَّةُ تَثبتُ في حقِّهم لا في حقِّهنَّ، حتَّى إذا مَلَكتِ الحرَّةُ زوجَها وقد ولَدَتْ منه، لم يَعتِق الزَّوجُ الذي ملَكَته بِمَوتِها.

وبِثُبوتِ عِتقٍ مؤجَّلٍ يَثبُت حقُّ الحرِّيَّةِ في الحال، فيَمنَعُ جوازَ البيعِ وإخراجِها لا إلى الحُرِّيَّةِ في الحال، ويُوجِبُ عِتقَها بعد موتِهِ.

وكذا إذا كان بعضُها مملوكاً له[(٤)]؛ لأنَّ الاستيلادَ لا يَتجزَّأ، فإنَّه فَرْعُ النَّسبِ،

---

(١) أخرج ابن ماجه في العتق، باب: أمهات الأولاد (٢٥١٦)، والحاكم (٢/ ٢٣) (٢١٩١) عن ابن عباس قال: ذُكِرَت أمُّ إبراهيمَ عندَ رسول الله ﷺ فقال: «أعتقَها ولدُها».

(٢) جوابُ سؤالٍ تقديره: لو كانت الجُزئيَّةُ باقيةً حكماً لَعَتَقَ مَن مَلَكَته امرأتُهُ التي ولَدَت منه بعدَ مَوتِها، وليس كذلك. عناية.

(٣) معناه: أنَّ بقاءَ الجُزئيَّةِ حُكماً عبارةٌ عن ثَباتِ النَّسَبِ، والأصلُ في ثَباتِ النَّسبِ هو الأبُ؛ لأنَّ الوَلَدَ يُنسَبُ إليه والأمُّ أيضاً بواسطةِ الولدِ، يقال: أمُّ ولدِ فلان. عناية.

(٤) يعني: لو كانت الجاريةُ مُشتَرَكَةً بين رجلين، فاستَولَدَها أحَدُهما، كانت أمَّ ولَدٍ له؛ لأنَّ الاستيلادَ لا يَتجزَّأ؛ لأنَّه فرعُ ما لا يَتجزَّأ، وهو النَّسَبُ فَيُعتَبَرُ بأصلِهِ. عناية.

وَلَهُ وَطْؤُها واستِخْدامُها وإجارَتُها وتَزْوِيجُها، ولا يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِها إلَّا أنْ يَعْتَرِفَ بِهِ، فإنْ جاءَتْ بعدَ ذلكَ بِوَلَدٍ ثَبَتَ نَسَبُهُ بِغَيرِ إقرارٍ، إلَّا أنَّهُ إذا نَفاهُ يَنتَفِي بِقَولِه.

فَيُعتَبَرُ بأصلِهِ[1].

قال: (وَلَهُ وَطْؤُها واستِخْدامُها وإجارَتُها وتَزْوِيجُها)؛ لأنَّ المِلك فيها قائمٌ، فأشبهت المُدبَّرَةَ.

(ولا يَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِها إلَّا أنْ يَعْتَرِفَ بِهِ)، وقال الشَّافعيُّ: يثبتُ نسبُهُ منه وإن لم يَدَّعِ؛ لأنَّه لمَّا ثبت النَّسبُ بالعقد فلأنْ يثبُتَ بالوطءِ - وأنَّه أكثرُ إفضاءً - أولى.

ولنا: أنَّ وطءَ الأمةِ يُقصَدُ به قَضاءُ الشَّهوةِ دونَ الولدِ؛ لِوُجودِ المانعِ عنه[2]، فلا بدَّ من الدَّعوةِ، بمنزلةِ مِلكِ اليمينِ من غَيرِ وَطءٍ، بخلافِ العَقدِ[3]؛ لأنَّ الولدَ يَتعيَّنُ مَقصوداً منه، فلا حاجةَ إلى الدَّعوةِ.

(فإنْ جاءَتْ بعدَ ذلكَ بِوَلَدٍ ثَبَتَ نَسَبُهُ بِغَيرِ إقرارٍ)، معناه: بعدَ اعترافٍ منه بالولدِ الأوَّلِ؛ لأنَّه بِدَعوى الولدِ الأوَّلِ تَعيَّنَ الولدُ مَقصوداً منها، فصارت فراشاً كالمَعقُودةِ بعد النِّكاحِ، (إلَّا أنَّهُ إذا نَفاهُ يَنتَفِي بِقَولِهِ)؛ لأنَّ فراشَها ضعيفٌ، حتَّى يَملِكُ نقلَهُ بالتَّزويجِ، بخلاف المَنكوحةِ حيثُ لا يَنتفي الولدُ بِنَفيهِ إلَّا باللِّعانِ؛ لِتأكُّدِ الفراشِ، حتَّى لا يَملِكَ إبطالَهُ بالتَّزويجِ.

وهذا الذي ذكرناه[4] حُكمُ [القضاء][5]، فأمَّا الدِّيانةُ، فإنْ كان وَطِئها وحَصَّنها ولم يَعزِلْ عنها، يَلزمُه أن يَعترِفَ به ويدَّعيَهُ؛ لأنَّ الظَّاهرَ أنَّ الولدَ منه، وإنْ عَزَلَ عنها

(١) وهو النَّسبُ، والنَّسبُ لا يتجزَّأُ، فكذلك فرعُهُ، وهو الاستيلاد.

(٢) أي: عن طلب الولد، وهو سقوط التَّقوُّم عنده، ونُقصانُ القيمة عندهما، أو عدمُ نَجابةِ أولاد الإماء عندهم. عناية.

(٣) أي: عقد النِّكاح.

(٤) أي: عدمُ ثُبوتِ نَسَبِ وَلَدِ الأمةِ بِدُونِ الدَّعوةِ حُكمٌ، أي: قضاءُ القاضي.

(٥) زيادة من (ج).

فإنْ زَوَّجَها فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَهُوَ في حُكمِ أمِّهِ، والنَّسَبُ يثبُتُ من الزَّوجِ، وإذا ماتَ المَولَى عَتَقَتْ مِنْ جَمِيعِ المالِ، ولا سِعايَةَ عليها في دَيْنِ المَوْلَى لِلغُرَماءِ. ....

أو لم يُحصِّنها جازَ له أن يَنفيَهُ؛ لأنَّ هذا الظَّاهرَ يُقابِلُه ظاهرٌ آخَرُ، هكذا روي عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وفيه روايتان أُخريانِ عن أبي يوسف وعن محمد رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ، ذكرناهما في كفاية المنتهى.

(فإنْ زَوَّجَها فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَهُوَ في حُكمِ أمِّهِ)؛ لأنَّ حقَّ الحرِّيَّةِ يَسري إلى الولدِ كالتَّدبيرِ، ألا ترى أنَّ ولَدَ الحرَّةِ حرٌّ، وولدَ القِنَّةِ رقيقٌ، (والنَّسَبُ يثبُتُ من الزَّوجِ)؛ لأنَّ الفراشَ له، وإن كان النِّكاحُ فاسداً، إذِ الفاسدُ مُلحَقٌ بالصَّحيح في حقِّ الأحكام.

ولو ادَّعاهُ المولى لا يَثبُتُ نسبُهُ منه؛ لأنَّه ثابتُ النَّسبِ من غيرِهِ، ويَعتِقُ الولدُ وتَصيرُ أمُّه أمَّ ولدٍ له لإقرارِهِ.

(وإذا ماتَ المَولَى عَتَقَتْ مِنْ جَمِيعِ المالِ)؛ لحديث سعيد بن المسيِّب «أنَّ النَّبيَّ ﷺ أمَرَ بِعِتْقِ أمَّهاتِ الأولادِ، وأنْ لا يُبعْن في دَينٍ، ولا يُجعَلْنَ من الثُّلُث[1]».

ولأنَّ الحاجةَ إلى الولدِ أصليَّةٌ فَتُقدَّمُ على حَقِّ الورثةِ والدَّينِ كالتَّكفينِ، بخلافِ التَّدبيرِ؛ لأنَّه وصيَّةٌ بما هو من زَوائدِ الحَوائجِ.

(ولا سِعايَةَ عليها في دَيْنِ المَوْلَى لِلغُرَماءِ)؛ لما روينا، ولأنَّها ليست بمالٍ مُتقوِّم، حتَّى لا تُضمَنُ بالغَصْبِ[2] عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، فلا يَتعلَّقُ بها حقُّ الغُرماءِ كالقِصاص، بخلافِ المُدبَّر؛ لأنَّه مالٌ متقوِّمٌ.

---

(١) أخرج الدارقطني في المكاتب، برقم (٣٤) عن ابن عمر: أنَّ النَّبيَّ ﷺ نهى عن بَيعِ أمَّهاتِ الأولاد، وقال: «لا يُبَعْنَ ولا يُوهَبْنَ ولا يُورَثْنَ، يَستمتِعُ بها سيِّدُها ما دام حيّاً، فإذا ماتَ فهي حرَّةٌ».

(٢) يعني: إذا غصب رجلٌ أمَّ ولدٍ، فماتَتْ عند الغاصب، لم يَضْمَنها.

وإذا أَسْلَمَتْ أمُّ وَلَدِ النَّصرانيِّ فَعَلَيْها أنْ تَسْعَى في قِيمَتِها، ولو ماتَ مَوْلاها عَتَقَتْ بِلا سِعايَةٍ. ....

(وإذا أسْلَمَتْ أمُّ وَلَدِ النَّصرانيِّ فَعَلَيْها أنْ تَسْعَى في قِيمَتِها)، وهي بمنزلةِ المُكاتَبَةِ لا تَعتِقُ حتَّى تُؤدِّي السِّعايةَ. وقال زفر رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تَعتِق في الحال، والسِّعايةُ دَينٌ عليها.

وهذا الخلافُ فيما إذا عُرِضَ على المَولى الإسلامُ فأبى، فإنْ أسلَمَ تَبقَى على حالِها.

له: أنَّ إزالةَ الذُّلِّ عنها بعدَ ما أسلَمَتْ واجبةٌ، وذلك بالبيعِ أو الإعتاقِ، وقد تَعذَّرَ البيعُ، فتعيَّنَ الإعتاقُ.

ولنا: أنَّ النَّظرَ من الجانبين في جَعلِها مُكاتَبةً؛ لأنَّه يَندفِعُ الذُّلُّ عنها بِصَيرورَتِها حُرَّةً يداً، والضَّررُ[1] عن الذِّمِّيِّ لانبعاثِها على الكَسْبِ نيلاً لِشَرفِ الحرِّيَّةِ، فَيَصِلُ الذِّمِّيُّ إلى بَدَل مِلكِهِ، أمَّا لو أُعتِقَتْ وهي مُفلِسةٌ تَتَوانى في الكَسبِ.

وماليَّةُ[2] أمِّ الولدِ يَعتقِدُها الذِّمِّيُّ مُتقوِّمةً، فيُترَكُ وما يَعتقِدُه، ولأنَّها إن لم تكن مُتقوِّمة فهي مُحتَرَمةٌ، وهذا يكفي لوجوبِ الضَّمانِ كما في القِصاصِ المُشتَرَكِ، إذا عفى أحدُ الأولياءِ يَجِبُ المالُ للباقين[3].

(ولو ماتَ مَوْلاها عَتَقَتْ بِلا سِعايَةٍ)؛ لأنَّها أمُّ ولدٍ له، ولو عَجَزت في حياتِهِ لا تُرَدُّ قِنَّةً؛ لأنَّها لو رُدَّت قِنَّة أُعيدَتْ مُكاتَبَةً لقيام المُوجِب[4].

---

(١) أي: ويندفع الضَّررُ عن الذِّمِّيِّ.

(٢) جواب عن عمَّا يقال: كيف تسعى أمُّ ولد النَّصرانيِّ، والسِّعايةُ في القيمة دليلُ التَّقوُّم، وأمُّ الولد ليست متقوِّمة عند أبي حنيفة؟.

(٣) أي: وإن لم يكن القِصاصُ مالاً متقوِّماً، لكنَّه حقٌّ محترَمٌ، فجاز أن يكونَ موجِباً للضَّمانِ لاحتباس نصيبِ الآخرين عنده بعفو أحدِهم. بناية.

(٤) وهو إسلامُها مع كفر مولاها.

وَمَنْ اسْتَوْلَدَ أَمَةَ غَيْرِهِ بِنكاحٍ ثُمَّ مَلَكَها، صارَتْ أَمَّ وَلَدٍ لَهُ. ....

(وَمَنْ اسْتَوْلَدَ أَمَةَ غَيْرِهِ بِنكاحٍ ثُمَّ مَلَكَها، صارَتْ أَمَّ وَلَدٍ لَهُ)، وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ[1]: لا تَصيرُ أَمَّ ولدٍ له.

ولو استولَدَها بِملكِ يَمينٍ، ثمَّ استُحِقَّت، ثمَّ مَلَكَها تَصيرُ أَمَّ وَلَد له عندنا، وله فيها قولان، وهو وَلَدُ المَغرور[2].

له: أَنَّها عَلِقَت بِرَقيقٍ، فلا تكونُ أَمَّ ولدٍ له، كما إذا عَلِقَت من الزِّنا ثمَّ مَلَكها الزَّاني، وهذا لأَنَّ أُموميَّةَ الولدِ باعتبارِ عُلُوق الولدِ حرّاً؛ لأَنَّه جزءُ الأمِّ في تلك الحالةِ، والجزءُ لا يُخالِفُ الكلَّ.

ولنا: أَنَّ السَّببَ هو الجُزئيَّةُ على ما ذكرنا من قبلُ[3]، والجزئيَّةُ إنَّما تَثبُتُ بينهما بنسبةِ الولدِ الواحدِ إلى كلٍّ واحدٍ منهما كمَلاً، وقد ثبَتَ النَّسبُ فتثبُتُ الجزئيَّةُ بهذه الواسطةِ، بخلاف الزِّنا؛ لأَنَّه لا نسَبَ فيه للولَدِ إلى الزَّاني، وإنَّما يَعتِقُ على الزَّاني إذا مَلَكه؛ لأَنَّه جُزؤُه حقيقةً بغيرِ واسطة.

نظيرُهُ مَن اشترى أخاه من الزِّنا لا يَعتِقُ [عليه][4]؛ لأَنَّه يُنسَب إليه بواسطةِ نِسبتِهِ إلى الوالِدِ، وهي غيرُ ثابتةٍ.

---

(١) قال النووي في الروضة (٨/ ٥٥٣) الكتب العلمية:
ولو أولَدَ أمةَ غيرِهِ بنكاح، ثمَّ مَلَكَها، بطَلَ نكاحُها ولم تَصِرْ أمَّ ولدٍ له على المذهب، لأنَّها علَقت برقيق، والاستيلادُ إنَّما يَثبُتُ تبعاً لحرِّيَّةِ الولد، ولو ملَكَها وهي حاملٌ منه، فكذلك الحكم، ولكن يَعتِقُ الولد عليه، لأنه مَلَكَ ولَدَهُ. اهـ.

(٢) انظر ص (٣٠٩) ت (٣).

(٣) يعني في أوَّل الباب حيث قال: ولأنَّ الجزئيَّة قد حصلت بين الواطئ والموطوءة. عناية.

(٤) زيادة من (د).

وإذا وَطِئَ جارِيَةَ ابنِهِ فَجاءَتْ بِوَلَدٍ فادَّعاهُ، ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ، وصارَتْ أمَّ وَلَدٍ لَهُ، وعليه قِيمَتُها، وليس عليه عُقْرُها ولا قِيمَةُ وَلَدِها، وإنْ وَطِئَ أبو الأبِ مَعَ بَقاءِ الأبِ، لَمْ يَثْبُتِ النَّسَبُ، ولو كان الأبُ مَيْتاً ثَبَتَ مِنَ الجَدِّ كما يَثْبُتُ مِنَ الأب. وإذا كانتِ الجارِيَةُ بينَ شَرِيكَيْنِ فجاءَتْ بِوَلَدٍ، فادَّعاهُ أحَدُهما ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنهُ وصارتْ أمَّ وَلَدٍ لَهُ، وعندَ أبي حنيفةَ يَصيرُ نَصيبُهُ أمَّ وَلَدٍ لَهُ، ثُمَّ يَتَمَلَّكُ نَصيبَ صاحِبِهِ، ويَضْمَنُ نِصفَ قِيمَتِها، ....

(وإذا وَطِئَ جارِيَةَ ابنِهِ فَجاءَتْ بِوَلَدٍ فادَّعاهُ، ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ وصارَتْ أمَّ وَلَدٍ لَهُ، وعليه قِيمَتُها، وليس عليه عَقْرُها ولا قِيمَةُ وَلَدِها)، وقد ذكرنا المسألةَ بِدَلائلها في كتاب النِّكاحِ من هذا الكتاب[1].

وإنَّما لا يَضمَنُ قيمةَ الولدِ؛ لأنَّه انعَلَق حُرَّ الأصلِ، لاستنادِ المِلكِ إلى ما قبلَ الاستيلادِ.

(وإنْ وَطِئَ أبو الأبِ مَعَ بَقاءِ الأبِ، لَمْ يَثْبُتِ النَّسَبُ)؛ لأنَّه لا وِلايَةَ للجدِّ حالَ قيامِ الأب، (ولو كان الأبُ مَيْتاً ثَبَتَ مِنَ الجَدِّ كما يَثْبُتُ مِنَ الأبِ)؛ لِظُهورِ وِلايتِهِ عندَ فَقْدِ الأب، وكُفرُ الأبِ ورِقُّهُ بمنزلة مَوتِهِ؛ لأنَّه قاطعٌ للولاية.

(وإذا كانتِ الجارِيَةُ بينَ شَرِيكَيْنِ فجاءَتْ بِوَلَدٍ، فادَّعاهُ أحَدُهما ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنهُ)؛ لأنَّه لمَّا ثبتَ النَّسبُ في نصفِهِ لِمُصادفتِهِ مِلكَه، ثبتَ في الباقي ضرورةَ أنَّه لا يَتجزَّأ؛ لِما أنَّ سببَهُ لا يَتجزَّأ، وهو العُلُوقُ؛ إذِ الولدُ الواحدُ لا يَعلَقُ من ماءين، (وصارتْ أمَّ وَلَدٍ لَهُ)؛ لأنَّ الاستيلادَ لا يتجزَّأ عندهما.

(وعندَ أبي حنيفةَ يَصيرُ نَصيبُهُ أمَّ وَلَدٍ لَهُ، ثُمَّ يَتَمَلَّكُ نَصيبَ صاحِبِهِ)؛ إذ هو قابل للمِلْك، (ويَضْمَنُ نِصفَ قِيمَتِها)؛ لأنَّه تَملَّكَ نصيبَ صاحبِهِ لمَّا استكمَل الاستيلادَ، ويَضمَنُ نصفَ عَقْرِها؛ لأنَّه وطئ جاريةً مُشتَرَكةً، إذ المِلكُ يَثبُتُ

---

[1] أي: في آخر كتاب نكاح الرَّقيق، انظر ص (٨١). والمراد بالعقر مهر المثل. بناية.

ولا يَغْرَمُ قِيمَةَ وَلَدِها، وإنِ ادَّعياهُ مَعاً ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنهما، ....

حكماً للاستيلادِ، فَيَتعقَّبُه المِلكُ في نصيبِ صاحِبِه.

بخلافِ الأبِ إذا استولَدَ جارِيةَ ابنِهِ؛ لأنَّ المِلكَ هنالك يَثبُتُ شَرْطاً للاستيلادِ، فيتقَدَّمُه فصارَ واطئاً مِلكَ نفسه.

(ولا يَغْرَمُ[1] قِيمَةَ وَلَدِها)؛ لأنَّ النَّسبَ يَثبُت مُستنداً إلى وَقتِ العُلُوقِ، فلم يتعلَّق شيءٌ منه على مِلك الشَّريك.

(وإنِ ادَّعياهُ مَعاً ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنهما)، معناه: إذا حَمَلَت على مِلكِهما[2].

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ[3]: يُرجَع إلى قَولِ القافَةِ[4]؛ لأنَّ إثباتَ النَّسبِ من شَخصين - مع عِلْمِنا أنَّ الولدَ لا يَتخلَّقُ من ماءَينِ - مُتعذِّرٌ، فَعَمِلنا بالشَّبهِ، وقد سُرَّ رسولُ الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بقولِ القائفِ في أسامة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ[5].

(١) أي: الشَّريك المدَّعي.

(٢) أي: أن تَلِده لتمام ستَّة أشهر، يعني: فصاعداً، ولو سنتين منذ مَلَكاها. واحترز به عمَّا إذا كان الحمل على مِلك أحدِهما نكاحاً، ثمَّ اشتراها هو وآخَرُ فوَلَدَت لأقلَّ من ستَّة أشهر من الشِّراء، فادَّعياه، فهي أمُّ ولدِ الزَّوج، فإنَّ نصيبه صار أمَّ ولدٍ له. انظر تتمته في فتح القدير.

(٣) قال النووي في الروضة (٨/ ٣٧٥): ويُعرَضُ على القائف في موضعين:
أحدهما: أن يتنازع اثنان مولوداً مجهولاً من لقيط أو غيره، فيُعرَض على القائف كما سبق في اللقيط.
والثاني: أن يَشترِكَ اثنان فأكثر في وطئ امرأة، فتأتي بولدٍ لزمانٍ يُمكن كونه منهما، ويَدَّعيه كلٌّ منهما فيُعرض على القائف. ويتصور الاشتراك في الوطئ على الوجه المذكور من وجوه ... انظر تتمَّته.

(٤) «القافة» جمع «قائف»، وهو الذي يتبع آثارَ الآباء في الأبناء وغيرِها من الآثار. من قاف أثَرَه يَقُوفه، مقلوب قفا أثَرَه، مثل «راء» مقلوب «رأى». فتح القدير.

(٥) أخرجه الأئمَّةُ السِّتَّةُ في كتبهم، وهو عند البخاري في المناقب، باب: صفة النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (٣٣٦٢)، ومسلم في الرضاع، باب: العمل بإلحاق القائف الولد (١٤٥٩) عن عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا: أنَّ رسولَ الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دخل عليها مَسروراً تَبرُقُ أساريرُ وَجهِهِ، فقال: «ألم تَسمَعي ما قال المدلَجي لِزَيدٍ وأسامةَ ورأى أقدامَهُما، أنَّ بعضَ هذه الأقدامِ من بعضٍ».

ولنا: كتابُ عمر رضي الله عنه إلى شُرَيح في هذه الحادثة: لَبَّسا فَلُبِّس عليهما، ولو بيَّنا لَبُيِّن لهما، هو ابنُهُما يَرِثُهما ويرثانه، وهو للباقي منهما[1]، وكان ذلك بِمَحضرٍ من الصَّحابةِ رضي الله عنهم أجمعين، وعن عليٍّ رضي الله عنه مثلُ ذلك[2]، ولأنَّهما استَوَيا في سببِ الاستحقاقِ فَيَستويانِ فيه، والنَّسبُ وإن كان لا يَتجزَّأ ولكن تتعلَّقُ به أحكام مُتجزِّئة[3]، فما يَقبلُ التَّجزئةَ يَثبُتُ في حقِّهما على التَّجزئةِ، وما لا يَقبلُها يَثبُت في حقِّ كلِّ واحدٍ منهما كَمَلاً، كأنْ ليس معه غيرُهُ، إلَّا إذا كان أحَدُ الشَّريكينِ أباً للآخَرِ، أو كان أحدُهما مُسلِماً والآخرُ ذِمِّيّاً لِوُجود المُرجِّحِ في حقِّ المُسلِمِ، وهو الإسلامُ، وفي حقِّ الأبِ وهو ما له من الحقِّ في نصيب الابن.

وسرورُ النَّبيِّ صلى الله عليه وسلم فيما روي؛ لأنَّ الكفَّارَ كانوا يَطعَنُون في نَسَبِ أسامةَ رضي الله عنه، وكان قولُ القائفِ مقطعاً لِطَعنِهِم، فَسُرَّ به.

---

(١) أخرج البيهقي في الصغرى، في كتاب الدعوى والبينات، باب: القافة ودعوى الولد (٤٧٥٤) عن سُليمانَ بنِ يسار: أنَّ عمر بن الخطاب كان يَليطُ أولادَ الجاهليَّةِ بِمَن ادَّعاهم في الإسلام، فأتى رجلان، كلاهما يدَّعي ولدَ امرأةٍ، فدعا عمرُ بنُ الخطَّاب قائفاً فنَظَرَ إليهما، فقال القائف: لقدِ اشتركا فيه، فضَرَبَه عمرُ بنُ الخطَّابِ بالدِّرَّةِ، ثمَّ دعا المرأةَ فقال: أخبريني خَبَرَكِ، فقالت: كان هذا - لأحدِ الرَّجلين - يأتيني وهي في إبلٍ لأهلها، فلا يُفارِقُها حتَّى يَظنَّ وتَظنَّ أنَّه قد استَمَرَّ بها حبَلٌ، ثمَّ انصَرَفَ عنها فأُهريقَتْ دِماء، ثمَّ خَلَفَ عليها هذا - تعني: الآخر - فلا أدري مِن أيِّهما هو؟، فكبَّرَ القائفُ، فقال عمر للغلام: والِ أيَّهما شِئت.

(٢) أخرج البيهقي في الكبرى، كتاب الدعوى والبينات، باب: من قال يقرع بينهما إذا لم يكن قافة (٢١٨٢٢)، وعبد الرزاق في الطلاق، باب: النفر يقعون على المرأة في طهر واحد (١٣٤٧٣) عن عليٍّ قال: أتاه رجلان وَقَعا على امرأةٍ في طُهرٍ فقال: الوَلَدُ لكما، وهو للباقي منكما.

(٣) يريد بها مِثلَ النَّفقة وولايةِ التَّصرُّف في مالِهِ والحَضانةِ والميراث. ومثال ما لا يقبل التَّجزئة ثبوتُ النَّسب وولاية الإنكاح.

وكانتِ الأمَةُ أمَّ وَلَدٍ لهما، وعَلَى كلِّ واحدٍ منهما نِصفُ العُقرِ قِصاصاً بما لَهُ على الآخَرِ، ويَرِثُ الابنُ مِنْ كُلِّ واحدٍ منهما مِيراثَ ابنٍ كاملٍ، ويَرِثانِ منه مِيراثَ أبٍ واحدٍ. وإذا وَطِئَ المَولَى جارِيَةَ مُكاتَبِهِ، فَجاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعاهُ، فإنْ صَدَّقَهُ المُكاتَبُ ثَبَتَ نَسَبُ الوَلَدِ مِنهُ وعليه عُقْرُها وقِيمَةُ وَلَدِها، ....

(وكانتِ الأمَةُ أمَّ وَلَدٍ لهما)؛ لصحَّة دعوةِ كلِّ واحدٍ منهما في نَصيبِهِ في الولَدِ، فَيَصيرُ نسبُهُ منها أمَّ ولدٍ له تَبعاً لوَلَدِها، (وعَلَى كلِّ واحدٍ منهما نِصفُ العُقرِ قِصاصاً بما لَهُ على الآخَرِ، ويَرِثُ الابنُ مِنْ كُلِّ واحدٍ منهما مِيراثَ ابنٍ كاملٍ)؛ لأنَّه أقرَّ له بميراثه كلِّه، وهو حجَّةٌ في حقِّه، (ويَرِثانِ منه مِيراثَ أبٍ واحدٍ)؛ لاستوائهما في النَّسبِ كما إذا أقاما البيِّنَةَ.

(وإذا وَطِئَ المَولَى جارِيَةَ مُكاتَبِهِ، فَجاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعاهُ، فإنْ صَدَّقَهُ المُكاتَبُ ثَبَتَ نَسَبُ الوَلَدِ مِنهُ)، وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّه لا يُعتبَرُ تصديقُهُ، اعتباراً بالأب يَدَّعي ولدَ جاريةِ ابنِهِ.

ووجهُ الظَّاهر - وهو الفَرق[1] - أنَّ المولى لا يَملِكُ التَّصرُّفَ في أكسابِ مُكاتَبِهِ حتَّى لا يَتملَّكه، والأبُ يَملِكُ تَملُّكَه، فلا مُعتبَرَ بتَصديقِ الابن.

قال: (وعليه عُقْرُها)؛ لأنَّه لا يَتقدَّمُه المِلكُ؛ لأنَّ ما له من الحَقِّ كافٍ لصحَّةِ الاستيلادِ؛ لما نذكره. قال: (وقِيمَةُ وَلَدِها)؛ لأنَّه في معنى المَغرُور، حيثُ إنَّه اعتَمَدَ دَليلاً، وهو أنَّه[2] كَسْبُ كَسبِهِ فلم يَرضَ بِرقِّه، فيكون حُرّاً بالقيمة ثابت

---

(١) أي: بين استيلادِ جاريةِ الابنِ، حيثُ يَثبُت فيه النَّسبُ بغير تصديقٍ، وبين جاريةِ المكاتبِ حيثُ يُشترط فيها التَّصديق.

(٢) قيل: الضمير راجع إلى الولد، يعني: أنَّ الولد حصل له من كَسْب كَسْبه، فإنَّ المكاتب كسبُهُ، وجاريةُ المكاتَب كسبُ كسبِهِ، وفيه نوع تكلُّف. ويجوز أن يكون الضمير راجعاً إلى الجارية، فهي كسبُ كسبِهِ، وذكَّر الضَّمير نظراً إلى الخبر، وهو كسب. عناية بتصرف.

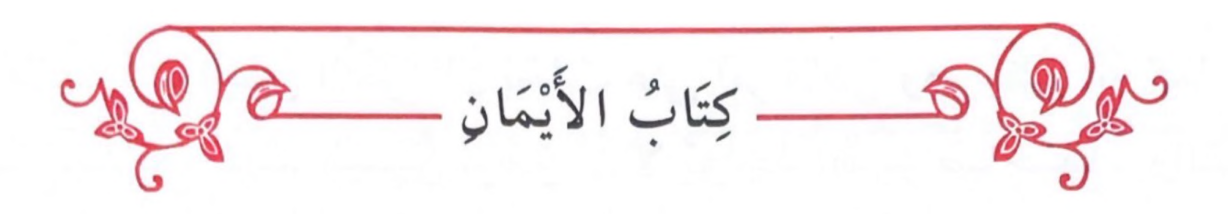
ولا تَصيرُ الجارِيةُ أمَّ وَلَدٍ له، وإنْ كَذَّبَهُ المُكاتَبُ في النَّسَبِ لَمْ يَثبُتْ، فَلَو مَلَكَهُ يَوماً ثَبَتَ نَسَبُهُ منه.

النَّسبِ منه، (ولا تَصيرُ الجارِيةُ أمَّ وَلَدٍ له)؛ لأنَّه لا مِلكَ له فيها حقيقة، كما في وَلَدِ المَغرورِ.

(وإنْ كَذَّبَهُ المُكاتَبُ في النَّسَبِ، لَمْ يَثبُتْ)؛ لِما بيَّنَّا أنَّه لا بدَّ من تَصديقِهِ، (فَلَو مَلَكَهُ يَوماً ثَبَتَ نَسَبُهُ منه)؛ لقيام المُوجِب وزوالِ حقِّ المُكاتب، إذ هو المانع، والله تعالى أعلم بالصَّواب.



كتاب الأيمان



كِتَابُ الأَيْمَانِ

الأيمانُ على ثَلاثَةِ أَضرُبٍ: اليمينُ الغَموسُ، ويَمينٌ مُنعَقِدَةٌ، ويمينٌ لَغْوٌ. فَالغَمُوسُ: هو الحَلِفُ على أمرٍ ماضٍ يَتَعَمَّدُ الكَذِبَ فيهِ، فَهذهِ اليَمينُ يَأثَمُ فيها صاحِبُها، ولا كفَّارَةَ فيها إلَّا التَّوبةَ والاستِغفارَ. ....

(كتاب الأيمان[1])

قال: (الأيمانُ على ثَلاثَةِ أَضرُبٍ، اليمينُ الغَموسُ، ويَمينٌ مُنعَقِدَةٌ، ويمينٌ لَغْوٌ).

(فَالغَمُوسُ: هو الحَلِفُ على أمرٍ ماضٍ يَتَعَمَّدُ الكَذِبَ فيهِ، فَهذهِ اليَمينُ يَأثَمُ فيها صاحِبُها)؛ لقوله ﷺ: «مَن حَلَفَ كاذباً أدخَلَه الله النَّار[2]»، (ولا كفَّارَةَ فيها إلَّا التَّوبةُ والاستِغفارُ).

---

(١) اليمين في اللُّغة: القوَّة، قال الله تعالى: ﴿لَأَخَذْنَا مِنْهُ بِٱلْيَمِينِ ۝٤٥﴾ [الحاقَّة: ٤٥]. وفي الشَّريعة: عقدٌ قَوِي به عَزْمُ الحالِفِ على الفعل أو التَّرك.

(٢) أخرج الطبراني في الكبير (١/ ٢٣٣) (٦٤٢) عن الأشعث بن قيس قال: خاصَمَ رجلٌ من الحَضْرميِّينَ رجلاً منَّا يقال له: الحفشيش، إلى النَّبيِّ ﷺ في أرضٍ له فقال النَّبيُّ ﷺ لِلحَضرميِّ: «جِئْ بِشُهودِكَ على حقِّكَ وإلَّا حَلَفَ لك»، قال له: أرضي أعظمُ شأناً من أن يُحلَفَ عليها، فقال رسول الله ﷺ: «إنَّ يَمينَ المُسلِمِ ما وراءَها أعظم من ذلك»، فانطلق ليحلف، فقال النَّبيُّ ﷺ: «إنْ هو حَلَفَ كاذباً أدخلَهُ اللهُ ﷻ النَّارَ»، فانطلَقَ الأشعَثُ فأخبَرَهُ فقال: أصلِحْ بيني وبينه، فأصلَحَ بينهما.
وأخرج البخاري في المساقاة، باب: الخصومة في البئر والقضاء فيها (٢٢٢٩)، ومسلم في الإيمان، باب: وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار (١٣٨) عن عبد الله رضي الله عنه: عن النَّبيِّ ﷺ قال: «مَن حَلَفَ على يَمينٍ يَقتطِعُ بها مالَ امرئٍ هو عليها فاجرٌ، لَقِيَ اللهَ وهو عليه غضبان»، فأنزل الله تعالى ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾ [آل عِمران: ٧٧].

والمُنْعَقِدَةُ: ما يُحْلَفُ على أمرٍ في المُسْتَقْبَلِ أنْ يَفْعَلَهُ أو لا يَفْعَلَهُ، وإذا حَنِثَ في ذلك لَزِمَتْهُ الكَفَّارَةُ. واليَمينُ اللَّغْوُ: أنْ يَحْلِفَ على أمرٍ ماضٍ وهو يَظُنُّ أنَّهُ كما قال، والأمرُ بِخِلافِهِ، فهذِهِ اليَمينُ نَرجُو أنْ لا يُؤاخِذَ اللهُ بِهِ صاحِبَها. والقاصِدُ في اليمينِ والمُكرَهُ والنَّاسي سواءٌ، ....

وقال الشَّافعيُّ رحمة الله تعالى عليه[1]: فيها الكفَّارةُ؛ لأنَّها شُرِعَت لِرَفعِ ذَنْبِ هَتْكِ حُرمةِ اسم الله تعالى، وقد تحقَّقَ بالاستشهادِ بالله كاذباً، فأشبَهَ المَعقُودةَ.

ولنا: أنَّها كبيرةٌ مَحضَةٌ، والكفَّارةُ عبادةٌ تتأدَّى بالصَّومِ، ويُشتَرَطُ فيها النِّيَّةُ، فلا تُناطُ بها، بخلافِ المَعقُودةِ لأنَّها مُباحةٌ، ولو كان فيها ذنبٌ فهو متأخِّرٌ متعلِّقٌ باختيارٍ مُبتَدإٍ، وما في الغَمُوس مُلازِمٌ، فَيمتنعُ الإلحاقُ.

(والمُنْعَقِدَةُ: ما يُحْلَفُ على أمرٍ في المُسْتَقْبَلِ أنْ يَفْعَلَهُ أو لا يَفْعَلَهُ. وإذا حَنِثَ في ذلك لَزِمَتْهُ الكَفَّارَةُ)؛ لقوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِىٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ﴾[المَائدة: ٨٩]، وهو ما ذكرنا.

(واليَمينُ اللَّغْوُ: أنْ يَحْلِفَ على أمرٍ ماضٍ وهو يَظُنُّ أنَّهُ كما قال، والأمرُ بِخِلافِهِ. فهذِهِ اليَمينُ نَرجُو أنْ لا يُؤاخِذَ اللهُ بِهِ صاحِبَها).

ومِنَ اللَّغو أن يقول: «واللهِ إنَّه لَزَيدٌ» وهو يَظنُّه زيداً وإنَّما هو عَمروٌ، والأصلُ فيه قوله تعالى: ﴿لَّا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِىٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم﴾[البَقَرَة: ٢٢٥] الآية، إلَّا أنَّه علَّقَه بالرَّجاءِ للاختلاف في تفسيره.

قال: **(والقاصِدُ في اليمينِ والمُكرَهُ والنَّاسي سواءٌ)**، حتَّى تَجِبُ الكفَّارةُ؛ لقوله ﷺ: «ثلاثٌ جِدُّهنَّ جِدٌّ وهَزلُهُنَّ جِدٌّ: النِّكاحُ، والطَّلاق، واليمينُ[2]».

---

(١) قال الماوردي في الحاوي (١٥/ ٢٦٧) الكتب العلمية: اليمين الغموسُ مذهبُ الشَّافعيِّ: أنَّ الكفَّارة فيها واجبةٌ، ووجوبها مُقترِنٌ بعقدها. اهـ.

(٢) قال الزيلعي (٣/ ٢٩٣): هكذا ذكره المصنِّفُ، وبعضُ الفقهاءِ يَجعَلُ عِوَضَ اليمينِ، العِتاقَ، ومنهم =

وَمَنْ فَعَلَ المَحلُوفَ عليهِ مُكْرَهاً أو ناسِياً فَهُوَ سَواءٌ.

والشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ يُخالفنا في ذلك، وسنبيِّنُ في الإكراه إن شاء الله تعالى.

(وَمَنْ فَعَلَ المَحلُوفَ عليهِ مُكْرَهاً أو ناسِياً فَهُوَ سَواءٌ)؛ لأنَّ الفِعلَ الحقيقيَّ لا يَنعدِمُ بالإكراه، وهو الشَّرطُ، وكذا إذا فَعَلَه وهو مُغمَى عليه أو مَجنونٌ؛ لِتحقُّقِ الشَّرطِ حقيقةً، ولو كانتِ الحِكمةُ رفعَ الذَّنبِ فالحكمُ يُدارُ على دليلِهِ، وهو الحِنْث، لا على حقيقةِ الذَّنبِ، واللهُ تعالى أعلم بالصَّواب.

= صاحب الخُلاصة، والغزاليُّ في الوسيط، وغيرُهُما، وكلاهما غريب، وإنَّما الحديث: «النِّكاح، والطلاق، والرَّجعة»، أخرجه أبو داود في الطلاق، باب: في الطلاق على الهزل (٢١٩٤)، وابن ماجه في الطلاق، باب: من طلق أو نكح أو راجع لاعبا (٢٠٣٩)، والترمذي في الطلاق، باب: ما جاء في الجد والهزل في الطلاق (١١٨٤) عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «ثلاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ، وهَزلهنَّ جِدٌّ، النِّكاحُ والطَّلاقُ والرَّجعة».

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا

واليَمينُ بِاللهِ تَعالى، أو بِاسمٍ آخَرَ مِنْ أسماءِ اللهِ تعالى، كالرَّحمَنِ والرَّحيمِ، أو بِصِفَةٍ مِنْ صِفاتِهِ التي يُحْلَفُ بها عُرْفاً، كَعِزَّةِ اللهِ وجَلالِهِ وكِبريائِهِ، إلَّا قَوْلَهُ: «وعِلْمِ اللهِ»، فإنَّهُ لا يكونُ يَميناً. ولو قال: «وغَضَبِ اللهِ وسَخَطِهِ» لم يَكُنْ حالِفاً. ومَنْ حَلَفَ بِغَيرِ اللهِ لَمْ يَكُنْ حالِفاً، كالنَّبيِّ والكَعبةِ، وكَذا إذا حَلَفَ بِالقُرآنِ. ....

(باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا)

قال: (واليَمينُ بِاللهِ تَعالى، أو بِاسمٍ آخَرَ مِنْ أسماءِ اللهِ تعالى، كالرَّحمَنِ والرَّحيمِ، أو بِصِفَةٍ مِنْ صِفاتِهِ التي يُحْلَفُ بها عُرْفاً، كَعِزَّةِ اللهِ وجَلالِهِ وكِبريائِهِ)؛ لأنَّ الحَلِفَ بها مُتعارَفٌ، ومعنى اليمينِ - وهو القوَّةُ - حاصلٌ؛ لأنَّه يَعتقِدُ تعظيمَ اللهِ وصفاتِهِ، فصَلُحَ ذِكرُهُ حامِلاً ومانعاً.

قال: (إلَّا قَوْلَهُ: «وعِلْمِ اللهِ» فإنَّهُ لا يكونُ يَميناً)؛ لأنَّه غيرُ مُتعارَفٍ، ولأنَّه يُذكَرُ ويُرادُ به المَعلومُ، يقال: «اللَّهمَّ اغفِرْ عِلمَكَ فينا»، أي: مَعلُومَكَ.

(ولو قال: «وغَضَبِ اللهِ وسَخَطِهِ» لم يَكُنْ حالِفاً)، وكذا «ورحمةِ اللهِ»؛ لأنَّ الحَلِفَ بها غيرُ مُتعارَفٍ؛ ولأنَّ الرَّحمةَ قد يُرادُ بها أثرُها، وهو المَطرُ أو الجنَّةُ، والغَضبُ والسَّخطُ يُراد بهما العُقوبةُ.

(ومَنْ حَلَفَ بِغَيرِ اللهِ لَمْ يَكُنْ حالِفاً، كالنَّبيِّ والكَعبةِ)؛ لقوله ﷺ: «مَن كان منكم حالِفاً فَليَحلِفْ بالله أو لِيَذَرْ»[1]، (وكَذا إذا حَلَفَ بِالقُرآنِ)؛ لأنَّه غيرُ مُتعارَفٍ، قال رضي الله عنه: معناه: أن يقول: «والنَّبيِّ، والقرآنِ»، أمَّا لو قال: «أنا بريءٌ منهما» يكون يميناً؛ لأنَّ التَّبرِّي منهما كفرٌ.

---

(١) أخرجه الجماعة إلَّا النَّسائيَّ، وهو عند البخاري في الأيمان والنذور، باب: لا تحلفوا بآبائكم (٦٢٧٠)، ومسلم في الأيمان، باب: النهي عن الحلف بغير الله تعالى (١٦٤٦) عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنَّ رسولَ الله ﷺ أدركَ عمرَ بنَ الخطَّابِ وهو يسيرُ في رَكبٍ يَحلِفُ بأبيه، فقال: «ألا إنَّ اللهَ يَنهاكُم أن تَحلِفُوا بآبائِكُم، مَنْ كان حالفاً فَليَحلِفْ باللهِ أو لِيَصمُتْ».

والحَلِفُ بِحُرُوفِ القَسَمِ، وحُروفُ القَسَم: الواوُ، كقوله: «واللهِ»، والباءُ كقوله: «باللهِ»، والتَّاءُ كقوله: «تَاللهِ»، وقَدْ يُضْمَرُ الحَرْفُ فيكُونُ حالِفاً، كَقَوله: «اللهِ لا أفعَلُ كذا». ولَوْ قالَ: «أُقسِمُ» أو «أُقسِمُ باللهِ» أو «أَحلِفُ» أو «أَحلِفُ باللهِ» أو «أَشْهَدُ» أو «أشهَدُ باللهِ» فَهُو حالِفٌ. ....

قال: (والحَلِفُ بِحُروفِ القَسَم. وحُروفُ القَسَم: الواوُ، كقوله: «واللهِ»، والباءُ كقوله: «باللهِ»، والتَّاءُ كقوله: «تَاللهِ»)؛ لأنَّ كلَّ ذلك معهودٌ في الأيمانِ، ومَذكورٌ في القرآنِ.

(وقَدْ يُضْمَرُ الحَرْفُ فَيكُونُ حالِفاً، كَقَوله: «اللهِ لا أفعَلُ كذا»)؛ لأنَّ حذفَ الحَرفِ من عادةِ العربِ إيجازاً. ثمَّ قيل: يُنصَبُ لانتزاعِ الحَرفِ الخافِضِ، وقيل: يُخفَضُ فتكونُ الكسرةُ دالَّةً على المَحذوفِ، وكذا إذا قال: «لله» في المختارِ؛ لأنَّ الباءَ تُبدَلُ بها، قال الله تعالى: ﴿ءَامَنتُمْ لَهُۥ﴾ [طه: ٧١]، أي: آمنتُم به.

وقال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: «إذا قال: «وحقِّ الله» فليس بحالفٍ، وهو قولُ محمد رَحِمَهُ اللَّهُ، وإحدى الرِّوايتين عن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ، وعنه روايةٌ أخرى: أنَّه يكون يميناً؛ لأنَّ الحَقَّ من صفات الله تعالى، وهو حقِّيَّتُه، فصار كأنَّه قال: «واللهِ الحَقِّ»، والحَلِفُ به مُتعارَف.

ولهما: أنَّه يُرادُ به طاعةُ الله تعالى، إذِ الطَّاعاتُ حقوقُهُ، فيكونُ حَلِفاً بِغَير اللهِ، قالوا: ولو قال: «والحقِّ» يكون يميناً، ولو قال: «حقّاً» لا يكونُ يميناً؛ لأنَّ الحقَّ من أسماء الله تعالى، والمُنكَّرُ يُراد به تحقيقُ الوعد[1].

(ولَوْ قالَ: «أُقسِمُ» أو «أُقسِمُ باللهِ» أو «أَحلِفُ» أو «أَحلِفُ باللهِ» أو «أَشْهَدُ» أو «أشهَدُ باللهِ» فَهُو حالِفٌ)؛ لأنَّ هذه الألفاظَ مُستعمَلَةٌ في الحَلِفِ، وهذه الصِّيغةُ للحال حقيقةً، وتُستعمَلُ للاستقبال بِقَرينةٍ، فَجُعل حالفاً في الحال،

(١) فهو مصدرٌ منصوبٌ بفعلٍ مقدَّر، فكأنَّه قال: أفعلُ هذا الفعلَ لا محالة، وليس فيه معنى الحَلِف فضلاً عن اليمين. عناية.

ولو قال بالفارسِيَّةِ: «سوكند ميخورم بخداي» يكونُ يَميناً، وكَذا قَوْلُهُ: «لَعَمْرُ اللهِ، وايمُ اللهِ»، وكذا قَولُهُ: «وعَهدِ اللهِ» و«مِيثاقِهِ»، وكذا إذا قال: «عَلَيَّ نَذْرٌ» أو «نَذْرُ اللهِ». وإنْ قال: «إنْ فَعَلْتُ كَذا فَهُو يَهُودِيٌّ»، أو «نَصْرانِيٌّ»، أو «كافِرٌ» تكونُ يَميناً.

والشَّهادةُ يمينٌ، قال الله تعالى: ﴿قَالُوا۟ نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ ٱللَّهِ﴾ [المنافِقون: ١]، ثمَّ قال: ﴿ٱتَّخَذُوٓا۟ أَيْمَـٰنَهُمْ جُنَّةً﴾ [المجادلة: ١٦]. والحَلِفُ بالله هو المعهودُ المشروعُ، وبِغَيره محظورٌ فَصُرِف إليه، ولهذا قيل: لا يَحتاجُ إلى النِّيَّةِ، وقيل: لا بدَّ منها لاحتمالِ العِدَةِ واليَمينِ بغيرِ اللهِ.

(ولو قال بالفارسِيَّةِ: «سوكند ميخورم بخداي» يكونُ يميناً)؛ لأنَّه للحال.

ولو قال: «سوكند خورم» قيل: لا يكون يميناً. ولو قال بالفارسيَّة: «سوكند خورم بطلاق زنم» لا يكون يميناً؛ لِعَدَم التَّعارف.

قال رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: (وكَذا قَوْلُهُ: «لَعَمْرُ اللهِ، وايمُ اللهِ»)؛ لأنَّ «عَمْر الله» بقاءُ اللهِ، و«ايم الله» معناه: أيمُنُ الله، وهو جمعُ يمين، وقيل: معناه: والله، و«أيم» صِلةٌ كالواو، والحَلِفُ باللَّفظين مُتعارَف.

(وكذا قَولُهُ: «وعَهدِ اللهِ» و«مِيثاقِهِ»)؛ لأنَّ العهدَ يمينٌ، قال الله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا۟ بِعَهْدِ ٱللَّهِ﴾ [النّحل: ٩١]، والميثاقُ عبارةٌ عن العهد.

(وكذا إذا قال: «عَلَيَّ نَذْرٌ» أو «نَذْرُ اللهِ»)؛ لقوله ﷺ: «مَن نَذَر نذراً ولم يُسمِّ فعليه كفَّارة يمينٍ[1]».

(وإنْ قال: «إنْ فَعَلْتُ كَذا فَهُو يَهُودِيٌّ، أو نَصْرانِيٌّ، أو كافِرٌ» تكونُ يَميناً)؛ لأنَّه لمَّا جَعَل الشَّرطَ عَلَماً على الكفر فقدِ اعتقَده واجبَ الامتناعِ، وقد أمكَنَ

---

(١) أخرج أبو داود في الأيمان والنذور، باب: من نذر أن يتصدق بماله (٣٣٢٢)، وابن ماجه في الكفارات، باب: من نذر نذرا ولم يسمه (٢١٢٧) عن ابن عباس: أنَّ رسولَ الله ﷺ قال: «مَن نَذَرَ نذراً لم يُسمِّهِ فكفارتُهُ كفَّارةُ يَمينٍ، ومَن نَذَرَ نذراً في مَعصيةٍ فكفَّارتُهُ كفَّارةُ يمينٍ، ومَن نَذَرَ نذراً لا يُطيقُهُ فكفَّارتُهُ كفَّارةُ يمينٍ، ومَن نَذَر نذراً أطاقَهُ فَليُفِ به».

وَلَوْ قال: «إنْ فَعْلْتُ كَذَا فَعَلَيَّ غَضَبُ اللهِ، أو سَخَطُ اللهِ» فَلَيسَ بِحَلِفٍ، وكذا إذا قال: «إنْ فَعَلتُ كذا فأنا زانٍ»، أو «سارقٌ»، أو «شارِبُ خَمرٍ»، أو «آكِلُ رِباً».

فصل في الكفارة

كفَّارةُ اليَمينِ عِتقُ رَقَبةٍ، يُجزِي فيها ما يُجزِي في الظِّهارِ. وإنْ شاءَ كَسَا عَشَرَةَ مَساكِينَ، كلَّ واحدٍ ثَوباً فما زادَ، وأدناهُ ما يَجُوزُ فيه الصَّلاةُ، وإنْ شاءَ أطعَمَ عَشَرَةَ مَساكِينَ، كالإطعامِ في كفَّارةِ الظِّهارِ، ....

القولُ بوجوبه لِغَيره بِجَعلِه يميناً، كما تقول في تحريم الحلال[1].

ولو قال ذلك[2] لشيءٍ قد فَعَلَه فهو الغَمُوسُ، ولا يُكْفَر اعتباراً بالمُستقبَل. وقيل: يُكْفَرُ؛ لأنَّه تنجيزٌ معنىً، فصار كما إذا قال: «هو يهوديٌّ». والصَّحيحُ أنَّه لا يُكْفَر فيهما إنْ كان يعلم أنَّه يمينٌ، وإن كان عندَهُ أنَّه يُكْفَر بالحَلِف يُكْفَرُ فيهما؛ لأنَّه رَضِي بالكُفْر حيث أقدَمَ على الفعل.

(وَلَوْ قال: «إنْ فَعَلْتُ كَذَا فَعَلَيَّ غَضَبُ اللهِ، أو سَخَطُ اللهِ» فَلَيسَ بِحَلِفٍ)؛ لأنَّه دعاءٌ على نفسه، ولا يتعلَّق ذلك بالشَّرط؛ ولأنَّه غيرُ متعارَفٍ، (وكذا إذا قال: «إنْ فَعَلتُ كذا فأنا زانٍ، أو سارقٌ، أو شارِبُ خَمرٍ، أو آكِلُ رِباً»)؛ لأنَّ حرمةَ هذه الأشياءِ تَحتمِلُ النَّسخَ والتَّبديلَ، فلم تكنْ في معنى حُرمةِ الاسمِ، ولأنَّه ليس بِمُتعارَفٍ.

(فصل في الكفارة)

قال: (كفَّارةُ اليَمينِ عِتقُ رَقَبةٍ، يُجزِي فيها ما يُجزِي في الظِّهارِ. وإنْ شاءَ كَسَا عَشَرَةَ مَساكِينَ، كلَّ واحدٍ ثَوباً فما زادَ، وأدناهُ ما يَجُوزُ فيه الصَّلاةُ، وإنْ شاءَ أطعَمَ عَشَرَةَ مَساكِينَ، كالإطعامِ في كفَّارةِ الظِّهارِ).

---

(١) فمن قال: «كلُّ حلال عليَّ حرام» فهو يمين.

(٢) أي: إن فعلتُ ذلك فهو يهوديٌّ، أو نصرانيٌّ، أو كافرٌ.

فإنْ لَمْ يَقْدِرْ على أحَدِ الأشياءِ الثَّلاثَةِ صامَ ثَلاثَةَ أيَّامٍ مُتَتابِعاتٍ، وإنْ قَدَّمَ الكَفَّارَةَ على الحِنْثِ لَمْ يُجْزِه، ....

والأصلُ فيه قوله تعالى: ﴿فَكَفَّـٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَـٰكِينَ﴾ [المائدة: ٨٩] الآية، وكلمةُ «أو» للتَّخييرِ، فكان الواجبُ أحدَ الأشياءِ الثَّلاثةِ.

قال: (فإنْ لَمْ يَقْدِرْ على أحَدِ الأشياءِ الثَّلاثةِ صامَ ثَلاثةَ أيَّامٍ مُتَتابِعاتٍ)، وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ[1]: يُخيَّر لإطلاق النَّص.

ولنا: قراءةُ ابنِ مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ «(فصيامُ ثلاثةِ أيَّامٍ مُتَتابِعاتٍ)»، وهي كالخبرِ المَشهورِ.

ثمَّ المَذكورُ في الكتابِ في بيانِ أدنى الكِسوَةِ مَرويٌّ عن محمد. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَا اللَّهُ أنَّ أدناهُ ما يَستُرُ عامَّةَ بدنِهِ، حتَّى لا يَجوزُ السَّراويلُ، وهو الصَّحيح؛ لأنَّ لابِسَهُ يُسمَّى عُرياناً في العُرف، لكن ما لا يُجزِيهِ عن الكِسوَةِ يُجزِيهِ عن الطَّعامِ باعتبار القيمة[2].

(وإنْ قَدَّمَ الكَفَّارَةَ على الحِنْثِ لَمْ يُجْزِهِ)، وقال الشَّافعيُّ[3]: يُجزِيه بالمال؛

---

(١) قال النووي في الروضة (٨/ ٢٠): في كيفية كفارة اليمين، وهي مختصَّةٌ باشتمالها على تَخييرٍ في الابتداء، وترتيبٍ في الانتهاء، فَيَتخيَّرُ الحالفُ بين أن يُطعِمَ عشرَةَ مساكين، أو يَكسوهم، أو يَعتقُ رقبةً. اهـ.

(٢) يعني: لو أعطى كلَّ مسكينٍ نصفَ ثوبٍ لم يُجزِه عن الكسوة؛ لأنَّ الاكتساء لا يحصل به، ولكنَّه يُجزيه من الطَّعام إذا كان نصفُ الثَّوب يساوي نصفَ صاع من حنطة، وكذلك لو أعطى عشرة مساكين ثوباً بينهم وهو ثوب كثيرُ القيمةِ، يُصيب كلاً منهم أكثَرُ من قيمة ثوبٍ، لم يُجزِه من الكسوة؛ لأنَّه لا يكتسي به كلُّ واحد منهم، ولكن يُجزيه من الطَّعام.

(٣) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٤/ ٤١٤) دار الفكر: (وله) أي: الحالف (تقديمُ كفَّارةٍ بغيرِ صومٍ) من عتقٍ أو إطعامٍ أو كسوةٍ (على حِنثٍ جائزٍ) واجبٍ أو مندوبٍ أو مباحٍ، أمَّا الصَّومُ فيمتنعُ تقديمُهُ على الحنث على الصَّحيح؛ لأنَّه عبادة بدنيَّةٌ، فلم يجز تقديمُها على وقتِ وُجوبها بغير حاجةٍ كصوم رمضان.

ثُمَّ لا يُستَرَدُّ مِنَ المِسكينِ. ومَنْ حَلَفَ على مَعصِيَةٍ، مِثلُ أنْ لا يُصلِّي، أو لا يُكلِّمَ أباهُ، أو لَيَقتُلَنَّ فُلاناً، يَنبغي أنْ يُحْنِثَ نَفْسَهُ، ويُكَفِّرَ عَنْ يَمِينِهِ. وإذا حَلَفَ الكافِرُ ثُمَّ حَنِثَ في حالِ كُفْرِهِ، أو بعدَ إسلامِهِ، فلا حِنْثَ عليهِ. ....

لأنَّه أدَّاها بعد السَّببِ، وهو اليمينُ، فأشبَهَ التَّكفيرَ بعد الجَرحِ.

ولنا: أنَّ الكفَّارةَ لِسَترِ الجنايةِ، ولا جنايةَ هاهنا، واليَمينُ ليست بسببٍ لأنَّه مانعٌ غيرُ مُفضٍ[1]، بخلافِ الجَرحِ لأنَّه مُفضٍ.

(ثُمَّ لا يُستَرَدُّ مِنَ المِسكينِ)؛ لِوُقوعِهِ صدَقةً.

قال: (ومَنْ حَلَفَ على مَعصِيَةٍ، مِثلُ أنْ لا يُصلِّي، أو لا يُكلِّمَ أباهُ، أو لَيَقتُلَنَّ فُلاناً، يَنبغي أنْ يُحْنِثَ نَفْسَهُ ويُكَفِّرَ عَنْ يَمِينِهِ)؛ لقوله ﷺ: «مَن حَلَف على يَمينٍ ورأى غيرَها خيراً منها، فَليأتِ الذي هو خيرٌ، ثمَّ لِيُكَفِّر عن يمينه[2]»، ولأنَّ فيما قلناه[3] تفويتَ البِرِّ إلى جابرٍ، وهو الكفَّارةُ، ولا جابرَ للمعصيةِ في ضدِّه[4].

(وإذا حَلَفَ الكافِرُ ثُمَّ حَنِثَ في حالِ كُفْرِهِ، أو بعدَ إسلامِهِ، فلا حِنْثَ عليهِ)؛ لأنَّه ليس بأهلٍ لليمينِ؛ لأنَّها تُعقَدُ لِتَعظيمِ اللهِ تعالى، ومع الكفرِ لا يكونُ مُعظِّماً، ولا هو أهلٌ للكفَّارة لأنَّها عبادةٌ.

= (وقيل: و) له تقديمُها على حنثٍ (حرامٍ) كالحنث بتركِ واجبٍ أو فعلِ حرامٍ (قلتُ: هذا) الوجهُ (أصحُّ، والله أعلم) من مُقابِلِه وهو المنع. اهـ مختصرا.

(١) وجهه: أنَّ السَّبب ما يكون مُفضياً، واليمينُ غيرُ مُفضٍ إلى الكفَّارة؛ لأنَّها تجب بعد نَقضِها بالحِنْث، وإنَّما أضيفت إليها لأنَّها تَجِب بحنثٍ بعد اليمين. عناية.

(٢) أخرجه مسلم في الأيمان، باب: من حلف يمينا فرأى غيرها خيرا منها أن يأتي الذي هو خير ويكفر عن يمينه (١٦٥٠) عن أبي هريرة باختلاف يسير.

(٣) يعني: أداء الكفَّارة بعد الحِنث.

(٤) أي: في ضدِّ ما قلنا، أي: لا جابر لمعصية الحنثِ فيما قاله الشَّافعيُّ؛ لأنَّ الحنث لمَّا تأخَّر عن الكفَّارة لم تصلح الكفَّارة السَّابقة جابرةً لذلك الحنث؛ لأنَّ الجابر لا يتقدَّم، كذا في النِّهاية.

وَمَنْ حَرَّمَ على نَفسِهِ شَيئاً مِمَّا يَملِكُهُ، لَمْ يَصِرْ مُحرَّماً، وعليه إنِ استَباحَهُ كَفَّارَةُ يَمينٍ، ولو قال: «كُلُّ حِلٍّ عَلَيَّ حَرامٌ» فَهُوَ على الطَّعامِ والشَّرابِ، إلَّا أنْ يَنوِيَ غَيرَ ذلكَ. ....

(ومَنْ حَرَّمَ على نَفسِهِ شَيئاً مِمَّا يَملِكُهُ، لَمْ يَصِرْ مُحرَّماً، وعليه إنِ استَباحَهُ كَفَّارَةُ يَمينٍ).

وقال الشَّافعيُّ رحمة الله تعالى عليه: لا كفَّارةَ عليه؛ لأنَّ تحريمَ الحلالِ قلبٌ للمَشروعِ، فلا يَنعقِدُ به تَصرُّفٌ مشروعٌ، وهو اليمينُ.

ولنا: أنَّ اللَّفظَ يُنبِئُ عن إثباتِ الحُرمةِ، وقد أمكَنَ إعمالُهُ بِثُبوتِ الحُرمةِ لغيرِهِ بإثباتِ مُوجَبِ اليمين، فَيُصارُ إليه، ثمَّ إذا فَعَلَ مِمَّا حرَّمَه قليلاً أو كثيراً، حَنِثَ ووَجَبتِ الكفَّارةُ، وهو المَعنيُّ من الاستباحةِ المَذكورةِ؛ لأنَّ التَّحريمَ إذا ثبَتَ تَناولَ كلَّ جزءٍ منه.

(ولو قال: «كُلُّ حِلٍّ عَلَيَّ حَرامٌ» فَهُوَ على الطَّعام والشَّرابِ، إلَّا أنْ يَنوِيَ غيرَ ذلكَ)، والقياسُ أنْ يَحنَثَ كما فَرَغ؛ لأنَّه باشَرَ فِعلاً مُباحاً، وهو التَّنفُّسُ ونحوُه، هذا قولُ زفر رَحِمَهُ اللَّهُ.

وجه الاستحسان: أنَّ المقصودَ - وهو البِرُّ - لا يَتحصَّلُ مع اعتبارِ العُمومِ، وإذا سَقَط اعتبارُهُ يَنصرِفُ إلى الطَّعامِ والشَّرابِ لِلعُرفِ، فإنَّه يُستَعمَلُ فيما يُتناوَلُ عادةً.

ولا يَتناولُ المَرأةَ إلَّا بالنِّيَّةِ؛ لإسقاطِ اعتبارِ العُمومِ، وإذا نواها كان إيلاءً، ولا تُصرَفُ اليمين عن المأكولِ والمَشروبِ، وهذا كلُّه جوابُ ظاهر الرِّواية.

ومشايخنا[1] قالوا: يَقَعُ به الطَّلاقُ عن غير نيَّةٍ؛ لِغَلبةِ الاستعمالِ، وعليه الفتوى، وكذا ينبغي في قوله: «حلالٌ بروي حرام[2]» للعرف.

(١) أي: مشايخُ بَلْخٍ كأبي بكر الإسكاف وأبي بكر بن أبي سعيد والفقيه أبي جعفر. فتح.

(٢) معناه: حلال علي حرام. بناية.

وَمَنْ نَذَرَ نَذْراً مُطلَقاً فَعَلَيهِ الوَفاءُ، وإنْ عَلَّقَ النَّذْرَ بِشَرْطٍ، فَوُجِدَ الشَّرطُ، فَعَلَيهِ الوَفاءُ بِنَفسِ النَّذْرِ. ....

واختلفوا في قوله: «هرجه بدست راست كيرم بروي حرام[1]»، أنَّه هل تُشترطُ النِّيَّةُ، والأظهرُ أنَّه يُجعَل طلاقاً من غير نيَّةٍ للعُرفِ.

(وَمَنْ نَذَرَ نَذْراً مُطلَقاً فَعَلَيهِ الوَفاءُ[2])؛ لقوله ﷺ: «مَن نَذَر وسمَّى فعليه الوفاءُ بما سمَّى[3]».

(وإنْ عَلَّقَ النَّذْرَ بِشَرْطٍ، فَوُجِدَ الشَّرطُ، فَعَلَيهِ الوَفاءُ بِنَفْسِ النَّذْرِ)؛ لإطلاقِ الحديث[4]، ولأنَّ المعلَّقَ بالشَّرطِ كالمُنجَّزِ عنده[5]، وعن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ أنَّه رَجَعَ عنه[6] وقال: إذا قال: «إنْ فَعَلْت كذا فَعَلَيَّ حَجَّةٌ، أو صَومُ سَنَةٍ، أو صَدَقَةُ ما أملِكُهُ» أجزَأهُ مِنْ ذلكَ كفَّارَةُ يَمينٍ. وهو قولُ محمَّد رَحِمَهُ اللَّهُ. ويَخرُج عن العُهدةِ بالوفاء بما سَمَّى أيضاً.

---

(١) معناه: كل شيء بيدي عليَّ حرام. بناية.

(٢) مثلُ أن يقول: «لله عليَّ صومُ سنة» ولم يُعلِّقه بشيء، فعليه الوفاء به.

(٣) قال الزيلعي (٣/ ٣٠٠): غريب، وفي وجوب الوفاء بالنَّذر أحاديث:
– منها: ما أخرجه البخاري في أبواب الإحصار وجزاء الصيد، باب: الحج والنذور عن الميت والرجل يحج عن المرأة (١٧٥٤) عن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أنَّ امرأةً من جُهَينةَ جاءت إلى النَّبيِّ ﷺ فقالت: إنَّ أمِّي نذَرَتْ أن تَحُجَّ فلم تَحُجَّ حتَّى ماتت، أفأَحُجُّ عنها؟ قال: «نعم حجِّي عنها، أرأيتِ لو كان على أمِّكِ دينٌ أكنتِ قاضية؟ اقضوا اللهَ فاللهُ أحقُّ بالوفاءِ».
– ومنها: ما أخرجه البخاري في الاعتكاف، باب: الاعتكاف ليلاً (١٩٢٧)، ومسلم في الأيمان، باب: نذر الكافر وما يفعل فيه إذا أسلم (١٦٥٦) عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أنَّ عمرَ سأل النَّبيَّ ﷺ قال: كنتُ نَذَرتُ في الجاهليَّةِ أن أعتَكِفَ ليلةً في المسجدِ الحرام؟ قال: «فأوفِ بنَذرِكَ».

(٤) أي: الحديث المذكور، فهو لم يُفصِّل بين كون النَّذر مُطلَقاً أو معلَّقاً بِشَرط.

(٥) أي: عندَ وُجودِ الشَّرطِ، فالضمير راجعٌ إلى الشَّرط.

(٦) أي: عن تعيين الوفاء بنفس النَّذر، إلى القول بالتَّخيير بين كفَّارة اليمين وبينَ الوفاء بذلك.

وَمَنْ حَلَفَ على يَمينٍ وقال: «إنْ شاءَ اللهُ» مُتَّصِلاً بِيَمِينِهِ، فلا حِنْثَ عَلَيه.

وهذا إذا كان شرطاً لا يُريدُ كونَهُ؛ لأنَّ فيه معنى اليَمينِ، وهو المَنْعُ، وهو بِظاهرِهِ نَذرٌ فَيَتخيَّرُ ويَميلُ إلى أيِّ الجهتين شاء.

بخلاف ما إذا كان شرطاً يُريد كونَهُ، كقوله: «إن شَفَى اللهُ مريضي»؛ لانعدامِ معنى اليَمينِ فيه، وهذا التَّفصيلُ هو الصَّحيحُ.

قال: (وَمَنْ حَلَفَ على يَمينٍ وقال: «إنْ شاءَ اللهُ» مُتَّصِلاً بِيَمِينِهِ، فلا حِنْث عَلَيه)؛ لقوله ﷺ: «مَن حَلَف على يمينٍ وقال: إن شاءَ اللهُ فقد بَرَّ في يمينه[1]»، إلَّا أنَّه لا بدَّ من الاتِّصالِ لأنَّه بعدَ الفراغِ رجوعٌ، ولا رجوعَ في اليمين، والله تعالى أعلم بالصواب .

(١) أخرج الترمذي في النذور والأيمان، باب: ما جاء في الإستثناء في اليمين (١٥٣١، ١٥٣٢)، والنسائي في الصغرى، كتاب الأيمان والنذور، باب: من حلف فاستثنى (٣٧٩٣)، وأبو داود في الأيمان والنذور، باب: الاستثناء في اليمين (٣٢٦١، ٣٢٦٢)، وابن ماجه في الكفارات، باب: الاستثناء في اليمين (٢١٠٥) عن ابن عمر عن النَّبيِّ ﷺ قال: «مَنْ حلَفَ فاستثنى، فإن شاء مَضَى وإن شاء تَرَكَ غيرَ حَنِثٍ»، واللفظ للنسائي.

باب اليمين في الدخول والسكنى

ومَنْ حَلَفَ لا يَدْخُلُ بيتاً، فَدَخَلَ الكَعْبَةَ أو المَسجِدَ أو البِيعَةَ أو الكَنيسَةَ، لم يَحْنَثْ، وكذا إذا دَخَلَ دِهليزاً، أو ظُلَّةَ بابِ الدَّارِ، وإنْ دَخَلَ صُفَّةً حَنِثَ. ومَنْ حَلَفَ لا يَدْخُلُ داراً، فَدَخَلَ داراً خَرِبَةً، لم يَحْنَثْ. ولو حَلَفَ لا يَدْخُلُ هَذِهِ الدَّارَ، فَدَخَلَها بَعدَما انْهَدَمَتْ وصارَتْ صَحراءَ حَنِثَ. ....

(باب اليمين في الدخول والسكنى)

(ومَنْ حَلَفَ لا يَدْخُلُ بيتاً، فَدَخَلَ الكَعْبَةَ أو المَسجِدَ أو البِيعَةَ أو الكَنيسَةَ، لم يَحْنَثْ)؛ لأنَّ البيتَ ما أُعِدَّ لِلبَيْتُوتَةِ، وهذه البِقاعُ ما بُنِيت لها، (وكذا إذا دَخَلَ دِهليزاً أو ظُلَّةَ بابِ الدَّارِ)؛ لما ذكرنا. والظُّلَّةُ ما تكونُ على السِّكَّة، وقيل: إذا كان الدِّهليزُ بحيثُ لو أُغلِقَ البابُ يَبقى داخلاً، وهو مسقَّفٌ، يحنَثُ؛ لأنَّه يُباتُ فيه عادةً.

(وإنْ دَخَلَ صُفَّةً حَنِثَ)؛ لأنَّها تُبنى للبَيْتُوتةِ فيها في بعضِ الأوقاتِ، فصار كالشَّتويِّ والصَّيفي. وقيل: هذا إذا كانت الصُّفَّةُ ذاتَ حوائطَ أربعةٍ، وهكذا كانت صِفافُهُم[1]. [وفي عرفنا لا يحنثُ؛ لأنَّ الصُّفَّةَ في دارنا حَوائطُ ثلاثةٌ، فلا يكون بيتاً][2]، وقيل: الجوابُ مُجرىً على إطلاقه[3]، وهو الصَّحيحُ.

(ومَنْ حَلَفَ لا يَدْخُلُ داراً، فَدَخَلَ داراً خَرِبَةً لم يَحْنَثْ).

(ولو حَلَفَ لا يَدْخُلُ هَذِهِ الدَّارَ، فَدَخَلَها بَعدَما انْهَدَمَتْ وصارَتْ صَحراءَ حَنِثَ)؛ لأنَّ الدَّارَ اسمٌ للعَرَصةِ عند العَربِ والعَجمِ، يقال: «دارٌ عامرةٌ، ودارٌ غامِرَةٌ»، وقد شَهِدت أشعارُ العربِ بذلك، والبناءُ وصفٌ فيها، غيرَ أنَّ الوصفَ في الحاضِرِ لغوٌ، وفي الغائبِ معتَبرٌ.

---

(١) أي: صفاف أهل الكوفة. عناية.

(٢) زيادة من (ج).

(٣) يعني: سواء كانت ذات حوائط أربعة أو ثلاثة. وعليه يحنث أيَّ صُفَّة دخل.

وَلَوْ حَلَفَ لا يَدْخُلُ هذهِ الدَّارَ، فَخَرِبَتْ ثُمَّ بُنِيَتْ أُخْرَى، فَدَخَلَها يَحْنَثُ، وإنْ جُعِلَتْ مَسجِداً، أو حَمَّاماً، أو بُستاناً، أو بَيتاً، فَدَخَلَهُ لم يَحْنَثْ. وإنْ حَلَفَ لا يَدْخُلُ هذا البيتَ، فَدَخَلَهُ بَعْدَما انْهَدَمَ وصارَ صَحْراءَ، لَمْ يَحْنَثْ، وكذا إذا بَنى بَيتاً آخَرَ فَدَخَلَهُ، لم يَحْنَثْ. ومَنْ حَلَفَ لا يَدْخُلُ هذهِ الدَّارَ، فَوَقَفَ على سَطْحِها حَنِثَ، وكذا إذا دَخَلَ دِهلِيزَها، وإنْ وَقَفَ في طاقِ البابِ، بِحَيثُ إذا أُغلِقَ البابُ كان خارجاً، لم يَحْنَثْ. ....

(وَلَوْ حَلَفَ لا يَدْخُلُ هذهِ الدَّارَ، فَخَرِبَتْ ثُمَّ بُنِيَتْ أُخْرَى، فَدَخَلَها يَحْنَثُ)؛ لِما ذكرنا أنَّ الاسمَ باقٍ بعد الانهدام، (وإنْ جُعِلَتْ مَسجِداً، أو حَمَّاماً، أو بُستاناً، أو بَيتاً، فَدَخَلَهُ لم يَحْنَثْ)؛ لأنَّه لم يَبقَ داراً؛ لاعتراضِ اسمٍ آخَرَ عليه، وكذا إذا دَخَلَه بعد انهدامِ الحَمامِ وأشباهِهِ؛ لأنَّه لا يعود اسمُ الدَّاريَّة.

(وإنْ حَلَفَ لا يَدْخُلُ هذا البيتَ، فَدَخَلَهُ بَعْدَما انْهَدَمَ وصارَ صَحْراءَ، لَمْ يَحْنَثْ)؛ لِزَوال اسمِ البيتِ؛ لأنَّه لا يُباتُ فيه، حتَّى لو بَقيت الحيطانُ وسَقَطَ السَّقفُ يَحنَثُ؛ لأنَّه يُبات فيه والسَّقفُ وصفٌ فيه[1]، (وكذا إذا بَنى بَيتاً آخَرَ فَدَخَلَهُ، لم يَحْنَثْ)؛ لأنَّ الاسمَ لم يَبقَ بعد الانهدامِ.

قال: (ومَنْ حَلَفَ لا يَدْخُلُ هذهِ الدَّارَ، فَوَقَفَ على سَطْحِها حَنِثَ)؛ لأنَّ السَّطحَ مِن الدَّارِ؛ ألا ترى أنَّ المُعتكِفَ لا يَفسُدُ اعتكافُهُ بالخروجِ إلى سطحِ المسجدِ. وقيل: في عُرفنا لا يَحنَثُ، وهو اختيارُ الفقيه أبي اللَّيث.

قال: (وكذا إذا دَخَلَ دِهلِيزَها)، ويَجِب أن تكونَ على التَّفصيل الذي تقدَّم[2].

(وإنْ وَقَفَ في طاقِ البابِ، بِحَيثُ إذا أُغلِقَ البابُ كان خارجاً، لم يَحْنَثْ)؛ لأنَّ البابَ لإحراز الدَّارِ وما فيها، فلم يكنِ الخارجُ من الدَّار.

---

(١) أي: في البيت؛ إذ البيتوتةُ تحصل بدون السَّقف، وهو صفة كمال في البيت. بناية.

(٢) يعني به قوله: «وإذا أغلق الباب يبقى داخلاً وهو مسقَّف»، انظر ص (٣٦٧).

وَمَنْ حَلَفَ لا يَدخُلُ هذهِ الدَّارَ - وهو فيها - لم يَحنَثْ بِالقُعُودِ حتَّى يَخرُجَ ثُمَّ يَدخُلُ. ولو حَلَفَ لا يَلْبَسُ هذا الثَّوبَ وهو لابِسُهُ، فَنَزَعَهُ في الحالِ، لم يَحْنَثْ، فإنْ لَبِثَ على حالِهِ ساعَةً، حَنِثَ. وَمَنْ حَلَفَ لا يَسْكُنُ هذهِ الدَّارَ، فَخَرَجَ بِنَفسِهِ ومَتاعُهُ وأهلُهُ فيها، ولَمْ يُرِدِ الرُّجُوعَ إليها، حَنِثَ.

قال: (وَمَنْ حَلَفَ لا يَدخُلُ هذهِ الدَّارَ - وهو فيها - لم يَحنَثْ بِالقُعُودِ حتَّى يَخرُجَ ثُمَّ يَدخُلُ) استحساناً. والقياسُ أن يَحنَثَ؛ لأنَّ الدَّوامَ له حكمُ الابتداء.

وجهُ الاستحسان: أنَّ الدُّخولَ لا دوامَ له؛ لأنَّه انفصالٌ من الخارجِ إلى الدَّاخلِ.

(ولو حَلَفَ لا يَلْبَسُ هذا الثَّوبَ وهو لابِسُهُ، فَنَزَعَهُ في الحالِ، لم يَحْنَثْ)، وكذا إذا حَلَفَ لا يركبُ هذه الدَّابَّةَ وهو راكِبُها، فنزَلَ من ساعتِهِ لم يَحنَثْ، وكذا لو حَلَفَ لا يَسكُنُ هذه الدَّارَ وهو ساكِنُها، فأخَذَ في النُّقلةِ من ساعته.

وقال زفر: يَحنَث لِوُجود الشَّرط وإنْ قَلَّ.

ولنا: أنَّ اليمين تُعقَد لِلبِرِّ، فَيُستثنى منه زمانُ تحقيقه.

(فإنْ لَبِثَ على حالِهِ ساعَةً، حَنِثَ)؛ لأنَّ هذه الأفاعيلَ لها دوامٌ بِحُدوثِ أمثالِها؛ ألا يُرى أنَّه يُضرَبُ لها مُدَّة، يقال: «ركبتُ يوماً، ولَبِستُ يوماً»، بخلافِ الدُّخولِ لأنَّه لا يُقال: «دخلتُ يوماً» بمعنى المُدَّة والتَّوقيت، ولو نوى الابتداءَ الخالِصَ يُصَدَّقُ لأنَّه مُحتَمَل كلامِهِ.

قال: (وَمَنْ حَلَفَ لا يَسْكُنُ هذهِ الدَّارَ، فَخَرَجَ بِنَفسِهِ ومَتاعُهُ وأهلُهُ فيها، ولَمْ يُرِدِ الرُّجُوعَ إليها، حَنِثَ[1])؛ لأنَّه يُعدُّ ساكِنَها ببقاءِ أهلِهِ ومَتاعِهِ فيها عُرفاً، فإنَّ السُّوقيَّ عامَّةَ نهارِهِ في السُّوقِ ويقول: أسكُنُ سُكَّة كذا. والبيتُ والمَحِلَّةُ بمنزلةِ الدَّار.

---

(١) فيه إشارةٌ إلى أنَّه لو لم يكن متأهلاً، بل هو مِمَّنْ يَعُولُه غيرُهُ، فخَرَجَ بنفسِهِ لم يَحنَثْ. عناية.

ولو كان اليمينُ على المِصر، لا يَتوقَّفُ البِرُّ على نَقلِ المَتاع والأهلِ فيما رُوي عن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنَّه لا يُعدُّ ساكِناً في الذي انتَقَلَ عنه عُرفاً، بخلاف الأوَّل. والقريةُ بمنزلة المِصر في الصَّحيحِ من الجواب.

ثمَّ قال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا بدَّ من نَقْل كلِّ المَتاع، حتَّى لو بَقِي وَتَدٌ يَحنَثُ؛ لأنَّ السُّكنى قد ثَبَتت بالكلِّ، فيبقى ما بَقي شيءٌ منه.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُعتَبَر نَقلُ الأكثرِ؛ لأنَّ نَقْلَ الكلِّ قد يتعذَّر.

وقال محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُعتَبَر نَقْلُ ما يقوم به كَدْخُذائيَّته[1]؛ لأنَّ ما وراء ذلك ليس من السُّكنى. قالوا: هذا أحسنُ وأرفَقُ بالنَّاس.

وينبغي أن يَنتقِلَ إلى مَنزِلٍ آخَرَ بلا تأخيرٍ حتَّى يَبَرَّ، فإنِ انتقَلَ إلى السُّكَّةِ أو إلى المَسجدِ؟ قالوا: لا يَبَرُّ. دليلُهُ في الزِّيادات: أنَّ مَن خَرَج بعيالِهِ من مِصرِهِ، فما لم يَتَّخذْ وَطَناً آخَرَ يبقى وطنُهُ الأوَّل في حقِّ الصَّلاة، كذا هذا، والله تعالى أعلم بالصَّواب.

(١) أي: سكناه فيما انتقل إليه. فتح.

باب اليمين في الخروج والإتيان والرُّكوب وغير ذلك

ومَنْ حَلَفَ لا يَخْرُجُ مِنَ المُسجِدِ، فَأَمَرَ إنساناً فَحمَلَهُ فَأَخْرَجَهُ، حَنِثَ، ولو أَخْرَجَهُ مُكرَهاً لَمْ يَحْنَثْ، ولو حَمَلَهُ بِرِضاهُ لا بِأَمْرِهِ لايحنث. ولو حَلَفَ لا يَخْرُجُ مِنْ دارِهِ إلَّا إلى جَنازَةٍ، فَخَرَجَ إليها ثمَّ أتى حاجَةً أُخرَى، لم يَحْنَثْ. ولو حَلَفَ لا يَخْرُجُ إلى مَكَّةَ، فَخَرَجَ يُرِيدُها ثُمَّ رَجَعَ حَنِثَ، ولو حَلَفَ لا يَأتِيها، لم يَحنَثْ حتَّى يَدخُلَها. وإنْ حَلَفَ لَيأتِيَنَّ البَصْرَةَ، فَلَمْ يأتِها حتَّى ماتَ، حَنِثَ في آخِرِ جُزءٍ مِنْ أجزاءِ حياتِهِ.

(باب اليمين في الخروج والإتيان والرُّكوب وغير ذلك)

قال: (ومَنْ حَلَفَ لا يَخْرُجُ مِنَ المُسجِدِ، فَأَمَرَ إنساناً فَحمَلَهُ فَأَخْرَجَهُ، حَنِثَ)؛ لأنَّ فِعلَ المأمورِ مضافُ إلى الآمرِ، فصارَ كما إذا رَكِبَ دابَّةً فخَرَجَت، (ولو أخْرَجَهُ مُكرَهاً لَمْ يَحْنَثْ)؛ لأنَّ الفعلَ لم يَنتقِلْ إليه لِعَدمِ الأمر، (ولو حَمَلَهُ بِرِضاهُ لا بِأَمْرِهِ، لا يَحْنَثُ) في الصَّحيح؛ لأنَّ الانتقالَ بالأمرِ لا بِمُجرَّدِ الرِّضا .

قال: (ولو حَلَفَ لا يَخْرُجُ مِنْ دارِهِ إلَّا إلى جَنازَةٍ، فَخَرَجَ إليها ثمَّ أتى حاجَةً أُخرَى، لم يَحْنَثْ)؛ لأنَّ الموجودَ خُروجٌ مُستثنى، والمُضيُّ بعدَ ذلك ليس بِخُروجٍ.

(ولو حَلَفَ لا يَخْرُجُ إلى مَكَّةَ، فَخَرَجَ يُرِيدُها ثُمَّ رَجَعَ حَنِثَ)؛ لِوُجودِ الخروجِ على قَصْدِ مكَّةَ، وهو الشَّرط، إذِ الخُروجُ هو الانفصالُ من الدَّاخلِ إلى الخارج. (ولو حَلَفَ لا يَأتِيها، لم يَحنَثْ حتَّى يَدخُلَها)؛ لأنَّه عبارةٌ عن الوُصولِ، قال الله تعالى: ﴿فَأْتِيَا فِرْعَوْنَ فَقُولَآ﴾ [الشُّعَراء: ١٦]. ولو حَلَفَ لا يذهبُ إليها، قيل: هو كالإتيانِ، وقيل: هو كالخروجِ، وهو الأصحُّ؛ لأنَّه عبارةٌ عن الزَّوال.

(وإنْ حَلَفَ لَيأتِيَنَّ البَصْرَةَ، فَلَمْ يأتِها حتَّى ماتَ، حَنِثَ في آخِرِ جُزءٍ مِنْ أجزاءِ حَياتِهِ)؛ لأنَّ البِرَّ قبلَ ذلك مَرجوٌّ.

ولو حَلَفَ لَيَأْتِيَنَّهُ غداً إنِ استطاعَ، فهذا على استِطاعَةِ الصِّحَّةِ دُونَ القُدرةِ، وفَسَّرَهُ في الجامع الصَّغير وقال: إذا لم يَمْرَضْ ولم يَمنَعْهُ السُّلطانُ، ولم يَجِئْ أمرٌ لا يَقدِرُ على إتيانِهِ، فلم يَأْتِهِ حَنِثَ، وإنْ عَنَى استطاعَةَ القَضاءِ دُيِّنَ فِيما بَيْنَهُ وبَينَ اللهِ تعالى. ومَنْ حَلَفَ لا تَخرُجُ امرأتُهُ إلَّا بِإذنِهِ، فَأَذِنَ لها مَرَّةً فَخَرَجَتْ، ثُمَّ خَرَجَتْ مَرَّةً أُخْرَى بِغَيرِ إذنِهِ حَنِثَ، ولا بُدَّ مِنَ الإذنِ في كُلِّ خُرُوجٍ، ....

(ولو حَلَفَ لَيَأْتِيَنَّهُ غداً إنِ استطاعَ، فهذا على استِطاعَةِ الصِّحَّةِ دُونَ القُدرةِ[1]، وفَسَّرَهُ في الجامع الصَّغير وقال: إذا لم يَمْرَضْ ولم يَمنَعْهُ السُّلطانُ، ولم يَجِئْ أمرٌ لا يَقدِرُ على إتيانِهِ، فلم يَأْتِهِ حَنِثَ، وإنْ عَنَى استطاعَةَ القَضاءِ[2] دُيِّنَ فِيما بَيْنَهُ وبَينَ اللهِ تعالى)؛ وهذا لأنَّ حقيقةَ الاستطاعةِ فيما يُقارِنُ الفعلَ، ويُطلَقُ الاسمُ على سَلامةِ الآلاتِ وصِحَّةِ الأسبابِ في المُتعارَفِ، فعند الإطلاقِ يَنصرِف إليه، وتصحُّ نيَّةُ الأوَّلِ ديانةً؛ لأنَّه نوى حقيقةَ كلامِهِ، ثمَّ قيل: وتصحُّ قضاءً أيضاً؛ لِما بيَّنَّا، وقيل: لا تصحُّ لأنَّه خلافُ الظَّاهر.

(ومَنْ حَلَفَ لا تَخرُجُ امرأتُهُ إلَّا بِإذنِهِ، فَأَذِنَ لها مَرَّةً فَخَرَجَتْ، ثُمَّ خَرَجَتْ مَرَّةً أُخْرَى بِغَيرِ إذنِهِ حَنِثَ، ولا بُدَّ مِنَ الإذنِ في كُلِّ خُرُوجٍ)؛ لأنَّ المُستثنى خُروجٌ مَقرونٌ بالإذنِ، وما وراءَهُ داخلٌ في الحَظْرِ العامِّ. ولو نوى الإذنَ مرَّةً يُصدَّق ديانةً لا قضاءً؛ لأنَّه مُحتَمَلُ كلامِهِ، لكنَّه خلافُ الظَّاهرِ.

---

(١) في العناية: اعلم أنَّ الاستطاعةَ تُطلَقُ على معنيين:
أحدهما: صِحَّةُ الأسبابِ والآلات، قال الله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عِمرَان: ٩٧]، وفسَّرَه رسولُ الله ﷺ بالزَّادِ والرَّاحلةِ.
والثاني: القدرةُ الحقيقيَّةُ، وهي نوعٌ على حِدَةٍ يَترتَّبُ عليها الفِعلُ عندَ إرادتِهِ إرادةً جازمةً، يَخلُقُه الله تعالى عند الفعلِ لا قبلَهُ عندنا، قال الله تعالى: ﴿مَا كَانُوا۟ يَسْتَطِيعُونَ ٱلسَّمْعَ﴾ [هُود: ٢٠].

(٢) يعني: القدرةَ الحقيقيَّةَ. وسُمِّيت القدرةُ الحقيقيَّةُ باستطاعةِ القضاءِ؛ لأنَّ الفعلَ يوجَدُ بإيجادِ اللهِ تعالى وقضائهِ وقدَرِهِ. بناية.

ولو قال: «إلَّا أنْ آذَنَ لَكِ» فَأذِنَ لها مَرَّةً واحِدَةً، فَخَرَجَتْ، ثمَّ خَرَجَتْ بَعْدَها بِغَيرِ إذنِهِ، لَمْ يَحْنَثْ. ولو أرادَتِ المَرأةُ الخُروجَ فقال: «إنْ خَرَجْتِ فَأنتِ طالِقٌ» فَجَلَسَتْ، ثُمَّ خَرَجَتْ، لَمْ يَحْنَثْ. ولو قال لهُ رَجلٌ: «اجلِسْ فَتَغَدَّ عِندِي»، فقال: «إنْ تَغَدَّيتُ فَعَبدي حُرٌّ»، فَخَرَج فَرَجَع إلى مَنزِله وتَغَدَّى لم يَحْنَثْ. ......

(ولو قال: «إلَّا أنْ آذَنَ لَكِ» فَأذِنَ لها مَرَّةً واحِدَةً، فَخَرَجَتْ، ثمَّ خَرَجَتْ بَعْدَها بِغَيرِ إذنِهِ، لَمْ يَحْنَثْ)؛ لأنَّ هذه كلمةُ غايةٍ[1]، فتنتهي اليمينُ به، كما إذا قال: «حتَّى آذَنَ لك».

(ولو أرادَتِ المَرأةُ الخُروجَ فقال: «إنْ خَرَجْتِ فَأنتِ طالِقٌ» فَجَلَسَتْ ثُمَّ خَرَجَتْ لَمْ يَحْنَثْ)، وكذلك إذا أرادَ رجلٌ ضَرْبَ عبدِهِ، فقال له آخَرُ: «إنْ ضربتَهُ فَعبدي حُرٌّ» فتَرَكَه، ثمَّ ضَرَبه، وهذه تُسمَّى يمين فَورٍ. وتفرَّد أبو حنيفة رحمه الله بإظهارِهِ[2].

ووجهُهُ: أنَّ مرادَ المُتكلِّمِ الرَّدُّ عن تلك الضَّربةِ والخَرْجةِ عُرفاً، ومَبنى الأيمانِ عليه.

(ولو قال لهُ رَجلٌ: «اجلِسْ فَتَغَدَّ عِندِي»، فقال: «إنْ تَغَدَّيتُ فَعَبدي حُرٌّ»، فَخَرَج فَرَجَع إلى مَنزِله وتَغَدَّى لم يَحْنَثْ)؛ لأنَّ كلامَهُ خرَجَ مَخرَج الجَوابِ، فيَنطبِقُ على السُّؤالِ، فيَنصرِفُ إلى الغَداءِ المَدعُوِّ إليه، بخلاف ما إذا قال: «إنْ تغدَّيتُ اليومَ»؛ لأنَّه زاد على حرفِ الجوابِ، فيُجعَل مُبتدِئاً.

---

(١) أي: كلمةٌ تُفيد معنى الغاية؛ لأنَّ «إلَّا أن» ليس موضوعاً لها بل للاستثناء، وتعذَّر حملُهُ عليه؛ لأنَّ صَدْرَ الكلام ليس من جنس الإذن حتَّى يُستثنى الإذنُ منه، فَيُجعل مجازاً عن «حتى» لمناسبةٍ بينهما، وهو أنَّ حُكمَ ما قبل الغاية مُخالِف لِما بعدها، كما أنَّ حُكم ما قبل الاستثناءِ يُخالف حكمَ ما بعده.

(٢) أي: باستنباطه، وكان النَّاس قبله يَعلَمون اليمين على نوعين: مُؤبَّدة، ومؤقَّتة لفظاً. ثمَّ استنبط أبو حنيفة هذا النَّوعَ الثَّالث وهو المؤبَّدُ لفظاً والمؤقَّت معنى، وقد أخذه من حديث جابر وابنه رضي الله عنهما حين دُعيا إلى نُصرَة رجل، فَحَلفا أن لا يَنصُراه ثمَّ نصراه ولم يَحْنثا، واعتُبِر في ذلك العُرفُ. بناية.

وَمَنْ حَلَفَ لا يَرْكَبُ دابَّةَ فُلانٍ، فَرَكِبَ دابَّةَ عَبدٍ مَأذُونٍ لَهُ مَديُونٍ أو غَيرِ مَديُونٍ، لَمْ يَحْنَثْ.

(وَمَنْ حَلَفَ لا يَرْكَبُ دابَّةَ فُلانٍ[١]، فَرَكِبَ دابَّةَ عَبدٍ مَأذُونٍ لَهُ مَديُونٍ أو غَيرِ مَديُونٍ، لَمْ يَحْنَثْ) عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ[٢]، إلَّا أنَّه إذا كان عليه دَينٌ مُستغرِقٌ لا يَحنثُ وإنْ نوى[٣]؛ لأنَّه لا مِلكَ للمَولَى فيه عنده، وإن كان الدَّينُ غيرَ مُستغرِق، أو لم يكن عليه دَينٌ لا يَحنَثُ ما لم يَنوِهِ؛ لأنَّ المِلكَ فيه للمولى، لكنَّه يُضافُ إلى العبدِ عرفاً وكذا شرعاً، قال ﷺ: «مَن باع عبداً وله مالٌ فهو للبائع» الحديث[٤]، فَتَختلُّ الإضافةُ إلى المولى، فلا بدَّ من النِّيَّة.

وقال أبو يوسف: في الوجوه كلِّها[٥] يَحنَثُ إذا نواه؛ لاختلالِ الإضافةِ.

وقال محمد: يَحنَثُ وإن لم يَنوِهِ؛ لاعتبار حقيقةِ المِلك؛ إذِ الدَّينُ لا يمنع وقوعَهُ للسَّيِّد عندهما.

(١) في فتح القدير: اعلم أنَّه إذا حَلَفَ لا يَركَبُ دابَّةَ فلانٍ، انعقَدَ على حِمارِهِ وبَغلتِهِ وفرسِهِ، فلو رَكِبَ جَمَلَه أو فِيلَهُ لم يَحنَثْ وإن كان اسمُ الدَّابَّةِ لِما يَدُبُّ على الأرضِ؛ لأنَّ العُرفَ خَصَّصَهُ بالمَركوبِ المُعتادِ، والمُعتادُ هو رُكُوبُ هذه الأنواعِ الثَّلاثةِ، فَيَتقيَّدُ به، وإن كان الجَمَلُ مِمَّا يُركَبُ أيضاً في الأسفارِ وبعضِ الأوقاتِ، فلا يَحنَثُ بالجملِ إلَّا إذا نواه، وكذا الفيلُ والبقرُ إذا نواه حَنِثَ وإلَّا لا. وينبغي إن كان الحالفُ من البَدوِ أن يَنعقِدَ على الجَمَلِ أيضاً بلا نيَّةٍ؛ لأنَّ رُكوبَها مُعتادٌ لهم، وكذا إذا كان حضَرِيّاً جمَّالاً، والمَحلُوفُ على دابَّتِهِ جَمَّالٌ دخَلَ في يَمينِهِ بلا نيَّةٍ. اهـ.

(٢) يعني: إذا لم يَنوِ دابَّةَ عبدِهِ، ولا بدَّ من تقديرِ هذا لأجلِ الاستثناءِ الذي يأتي. بناية.

(٣) معناه: لا يَحنَثُ وإن نوى دابَّة العبد.

(٤) أخرجه الأئمَّةُ السِّتَّةُ، وهو عند البخاري في المساقاة والشرب، باب: الرجل يكون له مَمَرٌّ أو شرب في حائط أو في نخل (**٢٢٥٠**)، ومسلم في البيوع، باب: من باع نخلاً عليها ثمرٌ (**١٥٤٣**)، عن عبدِ الله بن عمر قال: سمعتُ رسولَ اللهِ ﷺ يقول: «مَنِ ابتاع نَخلاً بعدَ أن تُؤبَّرَ فَثَمَرتُها لِلذي باعَها، إلَّا أن يَشتَرِطَ المُبتاعُ، ومنِ ابتاعَ عبداً فمالُهُ للذي باعَهُ إلَّا أن يَشتَرِطَ المُبتاع».

(٥) وهو ما إذا لم يكنْ عليه دَيْنٌ أو عليه، مُستغرِقٌ أو غير مستغرِق.

باب اليمين في الأكل والشرب

وَمَنْ حَلَفَ لا يَأْكُلُ مِنْ هذهِ النَّخلَةِ، فَهُو على ثَمَرِها، وإنْ حَلَفَ لا يَأْكُلُ مِنْ هذا البُسْرِ، فَصارَ رُطَباً فَأَكَلَهُ لم يَحنَثْ. وكذا إذا حَلَفَ لا يَأكلُ مِنْ هذا الرُّطَبِ، أو مِنْ هذا اللَّبَنِ، فَصارَ تمراً، أو صارَ اللَّبَنُ شِيرازاً، لم يَحنَثْ. ولو حَلَفَ لا يَأكُلُ لَحْمَ هذا الحَمَلِ، فَأكَلَ بعدَما صارَ كَبْشاً حَنِثَ. وَمَنْ حَلَفَ لا يَأكُلُ بُسْراً، فَأكَلَ رُطَباً، لم يَحنَثْ. ....

(باب اليمين في الأكل والشرب)

قال: (وَمَنْ حَلَفَ لا يَأكُلُ مِنْ هذهِ النَّخلَةِ، فَهُو على ثَمَرِها)؛ لأنَّه أضافَ اليمينَ إلى ما لا يُؤكَل، فَيَنصرِفُ إلى ما يَخرجُ منه، وهو الثَّمرُ؛ لأنَّه سببٌ له فَيَصلُح مجازاً عنه، لكن الشَّرطُ أن لا يَتغيَّرَ بِصنعَةٍ جديدةٍ، حتَّى لا يَحنَثُ بالنَّبيذِ والخَلِّ والدِّبسِ المَطبوخِ.

(وإنْ حَلَفَ لا يَأكُلُ مِنْ هذا البُسْرِ، فَصارَ رُطَباً فَأكَلَهُ لم يَحنَثْ. وكذا إذا حَلَفَ لا يَأكلُ مِنْ هذا الرُّطَبِ أو مِنْ هذا اللَّبَنِ، فَصارَ تمراً أو صارَ اللَّبَنُ شِيرازاً[1]، لم يَحنَثْ)؛ لأنَّ صفةَ البُسُورةِ والرُّطوبةِ داعيةٌ إلى اليمين، وكذا كونُهُ لبناً فيتقيَّدُ به، ولأنَّ اللَّبَنَ مأكولٌ فلا يَنصرِفُ اليمينُ إلى ما يُتَّخذُ منه.

بخلافِ ما إذا حَلَفَ لا يُكلِّمُ هذا الصَّبيَّ أو هذا الشَّابَّ، فكلَّمه بعدما شاخَ؛ لأنَّ هِجرانَ المسلم بِمَنعِ الكلامِ مَنهيٌّ عنه، فلم يُعتَبرِ الدَّاعي داعياً في الشَّرعِ.

(ولو حَلَفَ لا يَأكُلُ لَحمَ هذا الحمَلِ، فَأكَلَ بعدَما صارَ كَبْشاً حَنِثَ)؛ لأنَّ صفةَ الصِّغرَ في هذا ليست بِداعيةٍ إلى اليمين، فإنَّ المُمتَنِعَ عنه أكثَرُ امتناعاً عن لَحمِ الكَبْشِ.

قال: (وَمَنْ حَلَفَ لا يَأكُلُ بُسْراً، فَأكَلَ رُطَباً، لم يَحنَثْ)؛ لأنَّه ليس بِبُسْرٍ.

---

(١) أي: رائباً، وهو الخاثر إذا استخرَج ماءَهُ فأكَلَه. فتح.

وَمَنْ حَلَفَ لا يَأكُلُ رُطَباً أو بُسْراً، أو حَلَفَ لا يَأكُلُ رُطَباً ولا بُسْراً، فَأكَلَ مُذَنِّباً، حَنَثَ عند أبي حنيفة، وقالا: لا يَحْنَثُ في الرُّطَبِ. ولو حَلَفَ لا يَشتَرِي رُطَباً، فاشْتَرَى كِباسَةَ بُسْرٍ فيها رُطَبٌ، لا يَحْنَثُ، ولو كانَتِ اليَمينُ على الأكلِ يَحْنَثُ. وَمَنْ حَلَفَ لا يَأكُلُ لَحماً فَأكَلَ لَحْمَ السَّمَكِ، لا يَحْنَثُ، ....

(وَمَنْ حَلَفَ لا يَأكُلُ رُطَباً أو بُسْراً، أو حَلَفَ لا يَأكُلُ رُطَباً ولا بُسْراً، فَأكَلَ مُذَنِّباً[١]، حَنَثَ عند أبي حنيفة، وقالا: لا يَحْنَثُ في الرُّطَبِ)، يعني: بالبُسْر المُذَنِّب، ولا في البُسرِ بالرُّطَبِ المُذَنِّب؛ لأنَّ الرُّطَبَ المُذَنِّبَ يُسمَّى رُطَباً، والبُسْرَ المُذَنِّبَ يُسمَّى بُسراً، فصار كما إذا كان اليمينُ على الشِّراء[٢].

وله: أنَّ الرُّطَبَ المُذَنِّبَ ما يكونُ في ذَنَبِهِ قليلُ بُسْرٍ، والبُسْرُ المُذَنِّبُ على عكسِهِ، فيكونُ آكِلُهُ آكلَ البُسرِ والرُّطَبِ، وكلُّ واحدٍ مَقصودٌ في الأكلِ، بخلافِ الشِّراءِ لأنَّه يُصادِفُ الجُملةَ، فَيَتبعُ القليلُ فيه الكثيرَ.

(ولو حَلَفَ لا يَشتَرِي رُطَباً، فاشْتَرَى كِباسَةَ[٣] بُسْرٍ فيها رُطَبٌ، لا يَحْنَثُ)؛ لأنَّ الشِّراء يُصادِف الجملةَ والمَغلوبُ تابعٌ، (ولو كانَتِ اليَمينُ على الأكلِ يَحْنَثُ)؛ لأنَّ الأكلَ يُصادِفُهُ شيئاً فشيئاً، فكان كلٌّ منهما مقصوداً، وصار كما إذا حَلَف لا يشتري شَعيراً أو لا يأكلُهُ، فاشترى حِنطةً فيها حَبَّاتُ شَعيرٍ وأكَلَها، يَحنَثُ في الأكلِ دونَ الشِّراء؛ لِما قلنا.

(وَمَنْ حَلَفَ لا يَأكُلُ لَحماً فَأكَلَ لَحْمَ السَّمَكِ، لا يَحْنَثُ)، والقياسُ أنْ يَحنَث؛ لأنَّه يُسمَّى لحماً في القرآن.

(١) «المُذَنِّب» البُسر الذي قد بدا فيه الإرطابُ من قِبَل ذَنَبِه، وذَنَبُ البُسرةِ وغيرِها من التَّمرِ مُؤخَّرُها. لسان العرب.

(٢) يعني: صار كما لو حلف لا يشتري رطبا فاشترى بُسرا مذَنِّباً، لا يحنث.

(٣) «الكِباسة» بالكسر العِذْق التَّامُّ بشَماريخه وبُسْرِه، وهو من التَّمر بمنزلة العُنْقود من العِنَب. لسان العرب.

وإنْ أكَلَ لَحْمَ خِنزيرٍ، أو لَحْمَ إنسانٍ، يَحنَثُ، وكذا إذا أكَلَ كِبْداً أو كِرْشاً. ولو حَلَفَ لا يَأكُلُ، أو لا يَشتَرِي شَحْماً، لم يَحنَثْ إلَّا في شَحْمِ البَطنِ عند أبي حنيفة. وقالا: يَحنَثُ في شَحم الظَّهرِ أيضاً. ولَوْ حَلَفَ لا يَشتَرِي أو لا يَأكُلُ لَحْماً أو شَحْماً، فاشْتَرَى إلْيَةً أو أكَلَها، لَمْ يَحْنَثْ. ....

وجهُ الاستحسانِ: أنَّ التَّسميةَ مجازِيةٌ؛ لأنَّ اللَّحمَ مَنشؤُهُ من الدَّمِ، ولا دَمَ فيه لِكونِهِ في الماءِ.

(وإنْ أكَلَ لَحْمَ خِنزيرٍ أو لَحْمَ إنسانٍ، يَحنَثُ)؛ لأنَّه لحمٌ حقيقيٌ، إلَّا أنَّه حرامٌ، واليمينُ قد تُعقَدُ للمَنْعِ من الحرام.

(وكذا إذا أكَلَ كِبْداً أو كِرْشاً)؛ لأنَّه لحمٌ حقيقةً، فإنَّ نُمُوَّه من الدَّمِ ويُستعمَلُ استعمالَ اللَّحمِ. وقيل: في عُرفِنا لا يَحنَثُ لأنَّه لا يُعدُّ لَحماً.

(ولو حَلَفَ لا يَأكُلُ أو لا يَشتَرِي شَحْماً، لم يَحنَثْ إلَّا في شَحْمِ البَطنِ عند أبي حنيفة. وقالا: يَحنَثُ في شَحم الظَّهرِ أيضاً)، وهو اللَّحمُ السَّمين لِوُجودِ خاصِّيَّةِ الشَّحمِ فيه، وهو الذَّوبُ بالنَّار.

وله: أنَّه لحمٌ حقيقةً، ألا ترى أنَّه يَنشأ من الدَّمِ ويُستعمَلُ استعمالَهُ، وتَحصُلُ به قوَّتُه، ولهذا يَحنَثُ بأكلِهِ في اليمينِ على أكلِ اللَّحمِ، ولا يحنَثُ بِبَيعِهِ في اليمينِ على بَيعِ الشَّحمِ.

وقيل: هذا[١] بالعربيةِ، فأمَّا اسم «بيه» بالفارسيَّة لا يقع على شَحْم الظَّهر بحالٍ.

(ولَوْ حَلَفَ لا يَشتَرِي أو لا يَأكُلُ لَحماً أو شَحْماً، فاشْتَرَى إلْيَةً أو أكَلَها، لَمْ يَحْنَثْ)؛ لأنَّه نوعٌ ثالثٌ حتَّى لا يُستعمَلُ استعمالَ اللُّحومِ والشُّحومِ.

---

(١) يعني: هذا الاختلافُ إذا قاله بالعربيَّةِ.

ومَنْ حَلَفَ لا يَأكُلُ مِنْ هذِهِ الحِنْطَةِ لَمْ يَحْنَثْ حَتَّى يَقْضِمَها، ولَوْ أكلَ مِنْ خُبْزِها لم يَحْنَثْ عند أبي حنيفة، وقالا: إنْ أكَلَ مِنْ خُبزِها حَنِثَ أيضاً. ولو حَلَفَ لا يَأكُلُ مِنْ هذا الدَّقيقِ، فَأكَلَ مِنْ خُبْزِهِ حَنِثَ، ولَوِ اسْتَفَّهُ كما هُوَ لا يَحْنَثُ. ولَوْ حَلَفَ لا يَأكُلُ خُبزاً، فَيَمِينُهُ على ما يَعتادُ أهلُ المِصْرِ أكْلَهُ خُبْزاً، ولَوْ أكَلَ مِنْ خُبزِ القَطائِفِ لا يَحْنَثُ، وكذا لَوْ أكَلَ خُبْزَ الأرُزِّ بِالعراقِ لَمْ يَحْنَثْ.

(ومَنْ حَلَفَ لا يَأكُلُ مِنْ هذِهِ الحِنْطَةِ لَمْ يَحْنَثْ حَتَّى يَقْضِمَها، ولَوْ أكَلَ مِنْ خُبْزِها لم يَحْنَثْ عند أبي حنيفة. وقالا: إنْ أكَلَ مِنْ خُبزِها حَنِثَ أيضاً)؛ لأنَّه مفهومٌ منه عرفاً.

ولأبي حنيفة: أنَّ له حقيقةً مستعمَلَةً، فإنَّها تُقلَى وتُغلَى وتُؤكَل قضماً، وهي[1] قاضيةٌ على المجازِ المتعارَفِ على ما هو الأصل عنده[2].

ولو قَضَمها حَنِث عندهما، هو الصَّحيحُ؛ لِعُمومِ المجاز، كما إذا حَلَف لا يَضَع قَدَمَه في دار فُلان. وإليه الإشارةُ بقوله في الخبز: «حنث أيضاً».

(ولو حَلَفَ لا يَأكُلُ مِنْ هذا الدَّقيقِ، فَأكَلَ مِنْ خُبْزِهِ حَنِثَ)؛ لأنَّ عينَهُ غيرُ مأكولٍ، فانصَرَف إلى ما يُتَّخذُ منه، (ولَوِ اسْتَفَّهُ كما هُوَ لا يَحْنَثُ)، هو الصَّحيحُ لِتَعيُّنِ المجازِ مراداً.

(ولَوْ حَلَفَ لا يَأكُلُ خُبزاً، فَيَمِينُهُ على ما يَعتادُ أهلُ المِصْرِ أكْلَهُ خُبْزاً)، وذلك خبزُ الحنطةِ والشَّعيرِ؛ لأنَّه هو المُعتادُ في غالبِ البُلدانِ، (ولَوْ أكَلَ مِنْ خُبزِ القَطائِفِ[3] لا يَحْنَثُ)؛ لأنه لا يُسمَّى خبزاً مُطلَقاً، إلَّا إذا نواه لأنَّه مُحتَمَل كلامِهِ. (وكذا لَوْ أكَلَ خُبْزَ الأرُزِّ بِالعراقِ لَمْ يَحْنَثْ)؛ لأنَّه غيرُ مُعتادٍ عندهم، حتَّى لو كان بِطُبرستان أو في بلدة طعامُهُم ذلك يَحنَثُ.

---

(١) أي: الحقيقةُ المستعملة.

(٢) والأصل في المسألةِ أنَّ الكلامَ إذا كان له حقيقةٌ مستعملةٌ ومجازٌ متعارفٌ، فعند أبي حنيفة العملُ بالحقيقةِ المستعملة أولى. بناية.

(٣) «القَطائف» طعامٌ يُسَوَّى من الدَّقيق المُرَقّ بالماء، شُبِّهت بخَمْل القطائف التي تُفْترش.

وَلَوْ حَلَفَ لا يَأكُلُ الشِّواءَ، فَهُوَ على اللَّحمِ دُونَ الباذِنْجانِ والجَزَرِ. وإنْ حَلَفَ لا يَأكُلُ الطَّبِيخَ، فَهُو على ما يُطْبَخُ مِنَ اللَّحْمِ. ومَنْ حَلَفَ لا يَأكُلُ الرُّؤوسَ، فَيَمِينُهُ على ما يُكْبَسُ في التَّنانِيرِ ويُباعُ في المِصْرِ، وفي الجامع الصَّغير: لَوْ حَلَفَ لا يَأكُلُ رأساً، فهو على رُؤُوسِ البَقَر والغَنَم. ومَنْ حَلَفَ لا يَأكُلُ فاكِهَةً، فأكَلَ عِنَباً أو رُمَّاناً أو رُطَباً أو قِثَّاءً أو خِياراً لم يَحْنَثْ، وإنْ أكَلَ تُفَّاحاً أو بِطِّيخاً أو مِشْمِشاً حَنِثَ، وهذا عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: حَنِثَ في العِنَبِ والرُّطَبِ والرُّمَّان أيضاً.

(وَلَوْ حَلَفَ لا يَأكُلُ الشِّواءَ، فَهُوَ على اللَّحمِ دُونَ الباذِنْجانِ والجَزَرِ)؛ لأنَّه يُراد به اللَّحمُ المَشويُّ عند الإطلاقِ، إلَّا أن ينويَ ما يُشوى من بيضٍ أو غيره لِمَكانِ الحقيقةِ.

(وإنْ حَلَفَ لا يَأكُلُ الطَّبِيخَ، فَهُو على ما يُطْبَخُ مِنَ اللَّحْمِ)، وهذا استحسانٌ اعتباراً للعرف، وهذا لأنَّ التَّعميمَ مُتعذِّرٌ، فَيُصرَفُ إلى خاصٍّ هو مُتعارَف، وهو اللَّحمُ المطبوخُ بالماء، إلَّا إذا نوى غيرَ ذلك لأنَّ فيه تشديداً، وإنْ أكَلَ من مَرَقِه يَحنَث؛ لِما فيه من أجزاء اللَّحم، ولأنَّه يُسمَّى طبيخاً.

(ومَنْ حَلَفَ لا يَأكُلُ الرُّؤوسَ، فَيَمِينُهُ على ما يُكْبَسُ في التَّنانِيرِ[1] ويُباعُ في المِصْرِ) ويقال: يُكنس.

(وفي الجامع الصَّغير: لَوْ حَلَفَ لا يَأكُلُ رأساً، فهو على رُؤُوسِ البَقَر والغَنَم) عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وقال أبو يوسف ومحمد رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: على الغنمِ خاصَّةً، وهذا اختلافُ عَصرٍ وزمانٍ، كان العرفُ في زَمنِهِ فيهما، وفي زَمَنِهما في الغَنَمِ خاصَّةً، وفي زمانِنا يُفتَى على حَسَبِ العادةِ كما هو المذكورُ في المُختَصَر.

(ومَنْ حَلَفَ لا يَأكُلُ فاكِهَةً، فأكَلَ عِنَباً أو رُمَّاناً أو رُطَباً أو قِثَّاءً أو خِياراً لم يَحْنَثْ، وإنْ أكَلَ تُفَّاحاً أو بِطِّيخاً أو مِشْمِشاً حَنِثَ، وهذا عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: حَنِثَ في العِنَبِ والرُّطَبِ والرُّمَّان أيضاً)، والأصلُ

---

(١) أي: يُطمُّ به التَّنور، يعني: يُدخل فيه، من كَبَس الرَّجلُ رأسَهُ في جَيبِ قميصِهِ، إذا أدخله فيه. عناية.

وَلَوْ حَلَفَ لا يَأْتَدِمُ، فَكُلُّ شيءٍ اصْطُبِغَ بِهِ فَهُوَ إدامٌ، والشِّواءُ ليس بِإدامٍ، والمِلحُ إدامٌ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: كُلُّ ما يُؤكَلُ مع الخُبزِ غالباً فهو إدامٌ. ....

أنَّ الفاكهةَ اسمٌ لِما يُتفكَّه به قبلَ الطَّعامِ وبعده، أي: يُتنَعَّمُ به زيادةً على المُعتاد.

والرَّطْبُ واليابسُ فيه سواءٌ بعد أن يكونَ التَّفكُّهُ به مُعتاداً، حتَّى لا يحنَثُ بيابسِ البِطِّيخِ، وهذا المعنى موجودٌ في التُّفَّاحِ وأخواتِهِ، فيحنثُ بها، وغيرُ موجودٍ في القِثَّاءِ والخيارِ؛ لأنَّهما من البُقُولِ بيعاً وأكلاً، فلا يَحنَثُ بهما.

وأمَّا العِنَبُ والرُّطَبُ والرُّمَّانُ فهما يقولان: إنَّ معنى التَّفكُّهِ موجودٌ فيها، فإنَّها أعزُّ الفواكهِ والتَّنعُّمُ بها يفوق التَّنعُّمَ بغيرها. وأبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ يقول: إنَّ هذه الأشياء ممَّا يُتغَذَّى بها ويُتداوى بها، فأوجب قُصُوراً في معنى التَّفكُّه للاستعمال في حاجةِ البقاءِ، ولهذا كان اليابِسُ منها من التَّوابلِ أو من الأقواتِ.

(وَلَوْ حَلَفَ لا يَأْتَدِمُ، فَكُلُّ شيءٍ اصْطُبِغَ بِهِ فَهُوَ إدامٌ، والشِّواءُ ليس بِإدامٍ، والمِلحُ إدامٌ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: كُلُّ ما يُؤكَلُ مع الخُبزِ غالباً فهو إدامٌ)، وهو روايةٌ عن أبي يوسف؛ لأنَّ الإدامَ مِن المُوادَمَة، وهي المُوافَقةُ، وكلُّ ما يُؤكَلُ مع الخبزِ موافِقٌ له كاللَّحم والبيضِ ونحوه.

ولهما: أنَّ الإدامَ ما يُؤكَل تَبعاً، والتَّبعيَّةُ في الاختلاطِ حقيقةً ليكونَ قائماً به، وفي أنْ لا يُؤكَلَ على الانفرادِ حُكماً، وتمامُ المُوافقَةِ في الامتزاج أيضاً، والخَلُّ وغيرُهُ من المائعاتِ لا يُؤكَل وحدَهُ، بل يُشرَبُ، والمِلحُ لا يُؤكَلُ بانفرادِهِ عادةً، ولأنَّه يَذوبُ فيكون تَبعاً، بخلاف اللَّحمِ وما يُضاهيه؛ لأنَّه يُؤكَل وَحْدَه إلَّا أن يَنوِيَه لِما فيه من التَّشديدِ، والعِنَبُ والبِطِّيخُ ليسا بإدامٍ هو الصَّحيح.

وإذا حَلَفَ لا يَتَغَدَّى، فَالغَداءُ الأكلُ مِنْ طُلُوعِ الفَجْرِ إلى الظُّهرِ، والعَشاءُ مِنْ صَلاةِ الظُّهرِ إلى نِصْفِ اللَّيلِ، والسَّحُورُ مِنْ نِصْفِ اللَّيلِ إلى طُلُوعِ الفَجْرِ. ومَنْ قال: «إنْ لَبِسْتُ، أو أكَلْتُ، أو شَرِبْتُ فَعَبدِي حُرٌّ»، وقال: عَنَيتُ شيئاً دُونَ شيءٍ، لَمْ يُدَيَّنْ في القَضاءِ وغيرِهِ، وإنْ قال: «إنْ لَبِسْتُ ثوباً، أو أكَلْتُ طَعاماً، أو شَرِبتُ شَراباً» لم يُدَيَّنْ في القَضاءِ خاصَّةً. ....

(وإذا حَلَفَ لا يَتَغَدَّى، فَالغَداءُ الأكلُ مِنْ طُلُوعِ الفَجْرِ إلى الظُّهرِ، والعَشاءُ مِنْ صَلاةِ الظُّهرِ إلى نِصْفِ اللَّيلِ)؛ لأنَّ ما بعد الزَّوالِ يُسمَّى عِشاءً، ولهذا تُسمَّى الظُّهرُ إحدى صلاتي العِشاء في الحديث[1]، (والسَّحُورُ مِنْ نِصْفِ اللَّيلِ إلى طُلُوعِ الفَجْرِ)؛ لأنَّه مأخوذٌ من السَّحَرِ، ويُطلَقُ على ما يَقرُبُ منه.

ثمَّ الغَداءُ والعَشاءُ ما يُقصَدُ به الشِّبَعُ عادةً، وتُعتَبَرُ عادةُ أهلِ كلِّ بلدةٍ في حقِّهم، ويُشتَرَطُ أن يكونَ أكثَرَ من نصف الشِّبَع.

(ومَنْ قال: «إنْ لَبِسْتُ، أو أكَلْتُ، أو شَرِبْتُ فَعَبدِي حُرٌّ»، وقال: عَنَيتُ شيئاً دُونَ شيءٍ، لَمْ يُدَيَّنْ في القَضاءِ وغَيرِهِ)؛ لأنَّ النِّيَّة إنَّما تصحُّ في المَلفوظِ، والثَّوبُ وما يُضاهيه غيرُ مذكورٍ تَنصيصاً، والمُقتَضَى لا عُمومَ له، فلَغَتْ نيَّةُ التَّخصيصِ فيه.

(وإنْ قال: «إنْ لَبِسْتُ ثوباً، أو أكَلْتُ طَعاماً، أو شَرِبتُ شَراباً» لم يُدَيَّنْ في القَضاءِ خاصَّةً)؛ لأنَّه نَكِرَة في مَحلِّ الشَّرط فتَعُمُّ، فعَمِلَت نيَّةُ التَّخصيصِ فيه إلَّا أنَّه خلافُ الظَّاهر، فلا يُدَيَّنُ في القضاءِ.

---

(١) أخرج مسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب: السهو في الصلاة والسجود له (٥٧٣) عن أبي هريرة يقول: صلَّى بنا رسولُ الله ﷺ إحدى صلاتي العَشِيِّ، إمَّا الظُّهر وإمَّا العَصر، فسَلَّم في ركعتين ثمَّ أتى جِذْعاً في قِبلةِ المَسجدِ فاستَنَدَ إليها مُغضَباً، وفي القوم أبو بكرٍ وعمرَ فهابا أن يَتكلَّما، وخرجَ سَرَعانُ النَّاسِ قَصُرَتِ الصَّلاةُ، فقام ذو اليدين فقال: يا رسولَ الله أقَصُرَتِ الصَّلاةُ أم نَسيتَ؟ فنَظر النَّبيُّ ﷺ يَميناً وشِمالاً فقال: «ما يقولُ ذو اليدين؟»، قالوا: صدَقَ، لم تُصلِّ إلَّا ركعتين، فصلَّى ركعتين وسلَّم، ثمَّ كبَّر، ثمَّ سجد، ثمَّ كبَّر فرفَعَ، ثمَّ كبَّرَ وسَجَدَ، ثمَّ كبَّرَ ورفَعَ.

وَمَنْ حَلَفَ لا يَشْرَبُ مِنْ دَجْلَةَ، فَشَرِبَ منها بِإناءٍ، لَمْ يَحْنَثْ، وإنْ حَلَفَ لا يَشْرَبُ مِنْ ماءِ دَجْلَةَ، فَشَرِبَ منها بِإناءٍ، حَنِثَ. ومَنْ قال: «إنْ لم أشْرَبِ الماءَ الذي في هذا الكُوزِ اليَومَ، فَامرأتُهُ طالِقٌ» وليس في الكُوزِ ماءٌ، لم يَحْنَثْ، فإنْ كانَ فيه ماءٌ فَأُهرِيقَ قبلَ اللَّيلِ لَمْ يَحْنَثْ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يَحْنَثُ في ذلكَ كُلِّهِ، ....

(وَمَنْ حَلَفَ لا يَشْرَبُ مِنْ دَجْلَةَ، فَشَرِبَ منها بِإناءٍ، لَمْ يَحْنَثْ) حتَّى يَكْرَعَ منها كَرْعاً عند أبي حنيفة، وقالا: إذا شَرِبَ منها بإناءٍ يَحْنَثُ؛ لأنَّه مُتعارَفُ المَفهومِ.

وله: أنَّ كلمةَ «من» للتَّبعيض، وحقيقتُهُ في الكَرْعِ، وهي مُستعمَلَةٌ، ولهذا يَحنَثُ بالكَرْعِ إجماعاً، فَمَنَعَتِ المَصيرَ إلى المجازِ وإن كان مُتعارَفاً.

(وإنْ حَلَفَ لا يَشْرَبُ مِنْ ماءِ دَجْلَةَ، فَشَرِبَ منها بِإناءٍ، حَنِثَ)؛ لأنَّه بعدَ الاغترافِ بَقِيَ مَنسوباً إليه، وهو الشَّرطُ، فصار كما إذا شَرِبَ من ماءِ نَهرٍ يأخُذُ من دجلةَ.

(وَمَنْ قال: «إنْ لم أشْرَبِ الماءَ الذي في هذا الكُوزِ اليَومَ، فَامرأتُهُ طالِقٌ» وليس في الكُوزِ ماءٌ، لم يَحْنَثْ[1]، فإنْ كانَ فيه ماءٌ فَأُهرِيقَ قبلَ اللَّيلِ لَمْ يَحْنَثْ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: يَحْنَثُ في ذلكَ كُلِّهِ[2])، يعني: إذا مَضَى اليوم، وعلى هذا الخِلاف إذا كان اليمينُ بالله تعالى[3].

وأصله: أنَّ مِنْ شَرطِ انعقادِ اليمينِ وبقائِهِ تَصوُّرَ البرِّ عندهما خلافاً لأبي يوسف؛ لأنَّ اليمينَ إنَّما تُعقَد للبِرِّ، فلا بدَّ من تَصوُّر البرِّ لِيُمكِن إيجابُه.

---

(١) سواءٌ عَلِمَ عدمَ الماءِ في الكُوزِ، أم لم يَعلَم.

(٢) أي: فيما إذا كان فيه الماءُ، وفيما لم يكن.

(٣) بأن قال: «والله لأشربنَّ الماء الذي في هذا الكوز» وليس في الكوز ماء، أو كان في ماء فأهريق، قيل: لم يحنث عندهما، خلافاً لأبي يوسف.

ولو كانتِ اليَمينُ مُطلَقَةً، فَفِي الوَجهِ الأوَّلِ لا يَحْنَثُ عندهما، وعند أبي يوسف: يَحنَثُ في الحالِ، وفي الوجهِ الثَّاني يَحنَثُ في قَولِهِم جَميعاً. ....

وله: أنَّه أمكَنَ القولُ بانعقادِهِ مُوجِباً للبِرِّ على وجهٍ يَظهَرُ في حقِّ الخَلَفِ، وهو الكفَّارةُ.

قلنا: لا بدَّ من تَصوُّرِ الأصلِ لِيَنعقِدَ في حقِّ الخَلَفِ، ولهذا لا يَنعقِدُ الغَمُوسُ مُوجِباً للكفَّارة.

(ولو كانتِ اليَمينُ مُطلَقَةً[1]، فَفِي الوَجهِ الأوَّلِ[2] لا يَحْنَثُ عندهما، وعند أبي يوسف: يَحنَثُ في الحالِ، وفي الوجهِ الثَّاني[3] يَحنَثُ في قَولِهِم جَميعاً)، فأبو يوسف فرَّق بين المُطلَقِ والمُوقَّتِ.

ووجهُ الفَرقِ: أنَّ التَّوقيتَ للتَّوسعةِ[4]، فلا يجبُ الفعلُ إلَّا في آخرِ الوقتِ، فلا يَحنَثُ قبلَهُ، وفي المُطلَقِ يَجِبُ البرُّ كما فرَغَ، وقد عَجزَ فَيَحنَثُ في الحال.

وهما فرَّقا بينهما، ووجهُ الفَرق: أنَّ في المُطلَقِ يجبُ البِرُّ كما فَرَغ، فإذا فاتَ البِرُّ بِفَواتِ ما عُقِدَ عليه اليمينُ، يحنَثُ في يمينِهِ، كما إذا ماتَ الحالِفُ والماءُ باقٍ، أمَّا في المُوقَّتِ فيجبُ البِرُّ في الجزءِ الأخيرِ من الوَقتِ، وعند ذلك لم تَبقَ مَحلِّيَّةُ البِرِّ، لِعَدَمِ التُّصوُّرِ، فلا يجبُ البِرُّ فيه فَتَبطُلُ اليمينُ، كما إذا عقَدَهُ ابتداءً في هذه الحالة.

(١) أي: عن ذِكْرِ اليوم.
(٢) يعني: فيما إذا لم يكن في الكُوزِ ماءٌ.
(٣) وهو أن يكون فيه ماءٌ فأهريق.
(٤) أي: التَّوسعة على نفسِهِ فيختارُ الفعلَ في أيِّ وقتٍ شاء.

ومَنْ حَلَفَ لَيَصْعَدَنَّ السَّماءَ، أو لَيَقْلِبَنَّ هذا الحَجَرَ ذَهَباً، انْعَقَدَتْ يَمِينُهُ وحَنِثَ عَقِيبَها.

قال: (ومَنْ حَلَفَ لَيَصْعَدَنَّ السَّماءَ، أو لَيَقْلِبَنَّ هذا الحَجَرَ ذَهَباً، انْعَقَدَتْ يَمِينُهُ وحَنِثَ عَقِيبَها)، وقال زفر: لا تنعقِدُ؛ لأنَّه مستحيلٌ عادةً، فأشبَهَ المستحيلَ حقيقةً، فلا ينعقدُ.

ولنا: أنَّ البِرَّ مُتصوَّرٌ حقيقةً؛ لأنَّ الصُّعودَ إلى السماء مُمكِنٌ حقيقةً، ألا ترى أنَّ الملائكةَ يَصعدونَ السَّماءَ، وكذا تَحوُّلُ الحَجَرِ ذهباً بِتَحويلِ اللهِ تعالى، وإذا كان مُتصوَّراً يَنعقِدُ اليمينُ مُوجِباً لِخَلَفِه، ثمَّ يَحنَثُ بِحُكمِ العَجْزِ الثَّابتِ عادةً، كما إذا مات الحالفُ، فإنَّه يَحنَثُ مع احتمالِ إعادةِ الحياةِ.

بِخلاف مسألةِ الكُوزِ؛ لأنَّ شُربَ الماءِ الذي في الكوزِ وقتَ الحَلِفِ، ولا ماءَ فيه، لا يُتصوَّر، فلم يَنعقِدْ.

باب اليمين في الكلام

وَمَنْ حَلَفَ لا يُكلِّمُ فُلاناً فَكَلَّمَهُ وهو بِحَيثُ يَسْمَعُ، إلَّا أنَّهُ نائِمٌ، حَنِثَ. ولو حَلَفَ لا يُكَلِّمَهُ إلَّا بِإذنِهِ، فَأَذِنَ لَهُ، ولَمْ يَعْلَمْ بالإِذْنِ حتَّى كَلَّمَهُ، حَنِثَ. وإنْ حَلَفَ لا يُكَلِّمُهُ شَهْراً، فَهُوَ مِنْ حِينِ حَلَفَ. ....

(باب اليمين في الكلام)

قال: (وَمَنْ حَلَفَ لا يُكلِّمُ فُلاناً فَكَلَّمَهُ وهو بِحَيثُ يَسْمَعُ إلَّا أنَّهُ نائِمٌ، حَنِثَ)؛ لأنَّه قد كلَّمه ووَصَل إلى سَمعِه لكنَّه لم يَفهَم لِنَومِهِ، فصار كما إذا ناداه وهو بِحيثُ يَسمَعُ لكنَّه لم يَفْهَم لِتَغافُلِه.

وفي بعض روايات المبسوطِ شَرَطَ أن يُوقِظَه، وعليه عامَّةُ مشايخنا، لأنَّه إذا لم يَتنبَّه كان كما إذا ناداه من بعيدٍ وهو بحيثُ لا يَسمَعُ صوتَهُ.

(ولو حَلَفَ لا يُكَلِّمَهُ إلَّا بِإذنِهِ، فَأذِنَ لَهُ، ولَمْ يَعْلَمْ بِالإِذْنِ حتَّى كَلَّمَهُ، حَنِثَ)؛ لأنَّ الإذن مُشتقٌّ من الأذان الذي هو الإعلامُ، أو من الوقوع في الإذن، وكلُّ ذلك لا يَتحقَّق إلَّا بالسَّماع، وقال أبو يوسف: لا يَحنَثُ؛ لأنَّ الإذنَ هو الإطلاقُ، وأنَّه يَتِمُّ بالآذِن كالرِّضا[1].

قلنا: الرِّضا من أعمالِ القلبِ، ولا كذلك الإذنُ على ما مرَّ[2].

قال: (وإنْ حَلَفَ لا يُكَلِّمُهُ شَهْراً، فَهُوَ مِنْ حِينِ حَلَفَ)؛ لأنَّه لو لم يذكرِ الشَّهرَ لَتأبَّدَ اليمينُ، فَذَكَرَ الشَّهرَ لإخراجِ ما وراءَهُ، فَبَقي الذي يلي يَمِينَه داخلاً عملاً بِدلالةِ حالِهِ، بِخلافِ ما إذا قال: «واللهِ لأصومَنَّ شهراً»؛ لأنَّه لو لم

---

(١) يعني: أنَّه إذا حَلَف لا يُكلِّمه إلَّا برضاه، فرضي المحلوفُ عليه بالاستثناء ولم يعلم الحالفُ فكلَّمه، لا يَحنَث لِما أنَّ الرِّضا يتمُّ بالرَّاضي، فكذلك الإذنُ يتمُّ بالآذن.

(٢) من أنَّه إمَّا من الأذان الذي هو الإعلام، أو من الوقوع في الإذن وذلك يقتضي السَّماع ولم يُوجَد. بناية.

وإنْ حَلَفَ لا يَتَكَلَّمُ فَقَرأ القُرآنَ في صَلاتِهِ لا يَحْنَثُ، وإنْ قَرأ في غيرِ صَلاتِهِ حَنِثَ. ولو قال: «يَومَ أُكَلِّمُ فُلاناً فامرأتُهُ طالِقٌ» فهو على اللَّيلِ والنَّهارِ، وإنْ عَنَى النَّهارَ خاصَّةً دُيِّنَ في القَضاءِ. ولو قال: «لَيْلَةَ أُكَلِّمُ فُلاناً» فَهُو على اللَّيلِ خاصَّةً.

يذكرِ الشَّهرَ لم تتأبَّدِ اليمينُ، فكان ذِكرُه لتقديرِ الصَّومِ به، وأنَّه مُنكَّرٌ، فالتَّعيينُ إليه.

(وإنْ حَلَفَ لا يَتَكَلَّمُ فَقَرَأ القُرآنَ في صَلاتِهِ لا يَحْنَثُ. وإنْ قَرأ في غيرِ صَلاتِهِ حَنِثَ)، وعلى هذا التَّسبيحُ والتَّهليلُ والتَّكبيرُ، وفي القياس يَحنَثُ فيهما، وهو قولُ الشَّافعيِّ[1] لأنَّه كلامٌ حقيقةً.

ولنا: أنَّه في الصَّلاةِ ليس بكلامٍ عُرفاً ولا شرعاً، قال ﷺ: «إنَّ صلاتنا هذه لا يَصلُح فيها شيءٌ من كلامِ النَّاسِ[2]»، وقيل: في عُرفِنا لا يَحنَثُ في غيرِ الصَّلاةِ أيضاً؛ لأنَّه لا يُسمَّى مُتكلِّماً، بل قارئاً ومُسبِّحاً.

(ولو قال: «يَومَ أُكَلِّمُ فُلاناً فامرأتُهُ طالِقٌ» فهو على اللَّيلِ والنَّهارِ)؛ لأنَّ اسمَ اليومِ إذا قُرِنَ بِفِعْلٍ لا يَمْتَدُّ يُرادُ به مُطلَقُ الوَقتِ، قال الله تعالى: ﴿وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥٓ﴾ [الأنفال: ١٦] والكلامُ لا يَمتدُّ، (وإنْ عَنَى النَّهارَ خاصَّةً دُيِّنَ[3] في القَضاءِ)؛ لأنَّه مُستعمَلٌ فيه أيضاً. وعن أبي يوسف: أنَّه لا يُدَيَّنُ في القضاءِ؛ لأنَّه خِلافُ المُتعارَف.

(ولو قال: «لَيْلَةَ أُكَلِّمُ فُلاناً» فَهُو على اللَّيلِ خاصَّةً)؛ لأنَّه حقيقةٌ في سوادِ اللَّيل

---

(١) قال النووي في الروضة (٨/ ٥٧) الكتب العلمية: حلف لا يتكلَّم حَنِثَ بترديدِ الشِّعر مع نفسِهِ، لأنَّ الشِّعر كلام، ولا يحنَثُ بالتَّسبيح والتَّهليل والتَّكبير والدُّعاء على الصَّحيح، لأنَّ اسمَ الكلام عند الإطلاق يَنصرِفُ إلى كلام الآدميِّين في محاوراتهم، وقيل: يحنث؛ لأنَّه يُباح للجنب، فهو كسائر الكلام، ولا يحنث بقراءة القرآن. اهـ.

(٢) تقدَّم في (١/ ٢٨١) ت (٣).

(٣) يعني: صدِّق في القضاء.

ولو قال: «إنْ كَلَّمْتُ فُلاناً إلَّا أنْ يَقْدَمَ فُلانٌ»، أو قال: «حَتَّى يَقْدَمَ فُلانٌ»، أو قال: «إلَّا أنْ يَأذَنَ فُلانٌ»، أو «حَتَّى يَأذَنَ فُلانٌ فَامرأتُهُ طالِقٌ»، فَكَلَّمَهُ قبلَ القُدُومِ والإذنِ حَنِثَ، ولو كَلَّمَهُ بَعدَ القُدُومِ والإذْنِ لَمْ يَحْنَثْ، وإنْ ماتَ فُلانٌ سَقَطَتِ اليَمِينُ. ومَنْ حَلَفَ «لا يُكَلِّمُ عَبْدَ فُلانٍ» ولم يَنْوِ عَبْداً بِعَيْنِهِ، أو «امرأةَ فُلانٍ» أو «صَدِيقَ فُلانٍ» فَباعَ فُلانٌ عَبْدَهُ، أو بانَتْ منه امرأتُهُ، أو عادَى صَدِيقَهُ، فَكَلَّمَهُمْ لَمْ يَحْنَثْ، ....

كالنَّهارِ للبياضِ خاصَّةً، وما جاء استعمالُهُ[1] في مُطلَقِ الوقتِ.

(ولو قال: «إنْ كَلَّمْتُ فُلاناً إلَّا أنْ يَقْدَمَ فُلانٌ»، أو قال: «حَتَّى يَقْدَمَ فُلانٌ»، أو قال: «إلَّا أنْ يَأذَنَ فُلانٌ»، أو «حَتَّى يَأذَنَ فُلانٌ فَامرأتُهُ طالِقٌ»، فَكَلَّمَهُ قبلَ القُدُومِ والإذنِ حَنِثَ، ولو كَلَّمَهُ بَعدَ القُدُومِ والإذْنِ لَمْ يَحْنَثْ)؛ لأنَّه[2] غايةٌ، واليمينُ باقيةٌ قبلَ الغايةِ ومُنتهيةٌ بعدَها، فلا يَحْنَثُ بالكلامِ بعد انتهاءِ اليمين.

(وإنْ ماتَ فُلانٌ[3] سَقَطَتِ اليَمِينُ) خلافاً لأبي يوسف؛ لأنَّ الممنوعَ عنه كلامٌ ينتهي بالإذنِ والقُدومِ، ولم يبقَ بعد الموتِ مُتصوَّرَ الوجودِ، فسَقَطَت اليمينُ.

وعنده[4] التَّصوُّرُ ليس بِشَرطٍ، فعند سُقوطِ الغايةِ تتأبَّدُ اليمين.

(ومَنْ حَلَفَ «لا يُكَلِّمُ عَبْدَ فُلانٍ» ولم يَنْوِ عَبْداً بِعَيْنِهِ، أو «امرأةَ فُلانٍ» أو «صَدِيقَ فُلانٍ» فَباعَ فُلانٌ عَبْدَهُ، أو بانَتْ منه امرأتُهُ، أو عادَى صَدِيقَهُ، فَكَلَّمَهُمْ لَمْ يَحْنَثْ)؛ لأنَّه عقَدَ يمينَهُ على فِعلٍ واقعٍ في مَحلٍّ مُضافٍ إلى فُلانٍ، إمَّا إضافَةَ مِلْكٍ، أو إضافَةَ نِسبةٍ، ولم يُوجَدْ فلا يَحْنَثُ.

---

(١) أي: اللَّيل.

(٢) أي: لأنَّ كلَّ واحدٍ من القدوم والإذنِ غايةٌ.

(٣) يعني: الذي أُسنِد إليه القُدومُ أو الإذنُ، سقط اليمينُ لانتفاء تَصوُّر البرِّ.

(٤) أي: عند أبي يوسف.

وإنْ كانَتْ يَمِينُهُ على عَبدٍ بِعَينِهِ، بِأنْ قال: «عَبْدَ فُلانٍ هذا»، أو «امرأةَ فُلانٍ بِعَينِها»، أو «صَدِيقَ فُلانٍ بِعَينِهِ»، لم يَحْنَث في العَبدِ، وحَنِثَ في المَرأةِ والصَّديقِ، وهذا قولُ أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يَحْنَثُ في العَبدِ أيضاً. وإنْ حَلَفَ «لا يَدْخُلُ دارَ فُلانٍ هَذِهِ» فَباعَها ثُمَّ دَخَلَها، فَهُو على هذا الاختلافِ. ....

قال هذا[1] في إضافةِ المِلكِ بالاتِّفاق. وفي إضافةِ النِّسبةِ عندَ محمَّدٍ يَحنَثُ كالمرأةِ والصَّديقِ. قال في الزِّيادات: لأنَّ هذه الإضافةَ للتَّعريفِ؛ لأنَّ المرأةَ والصَّديقَ مَقصودانِ بِالهِجرانِ، فلا يُشتَرطُ دَوامُها، فيتعلَّقُ الحُكمُ بِعَينِه كما في الإشارةِ.

ووجه ما ذُكِر هاهنا[2]، وهو روايةُ الجامع الصَّغير: أنَّه يَحتمِلُ أن يكونَ غرضُهُ هِجرانَه لأجلِ المُضافِ إليه، ولهذا لم يُعيِّنهُ، فلا يَحنَثُ بعدَ زوالِ الإضافةِ بالشَّكِّ.

(وإنْ كانَتْ يَمِينُهُ على عَبدٍ بِعَينِهِ، بِأنْ قال: «عَبْدَ فُلانٍ هذا»، أو «امرأةَ فُلانٍ بِعَينِها»، أو «صَدِيقَ فُلانٍ بِعَينِهِ»، لم يَحْنَث في العَبدِ وحَنِثَ في المَرأةِ والصَّديقِ، وهذا قولُ أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يَحْنَثُ في العَبدِ أيضاً)، وهو قول زفر.

(وإنْ حَلَفَ «لا يَدْخُلُ دارَ فُلانٍ هَذِهِ» فَباعَها ثُمَّ دَخَلَها، فَهُو على هذا الاختلافِ).

وجهُ قولِ محمَّد وزُفر: أنَّ الإضافةَ للتَّعريف، والإشارةَ أبلَغُ منها فيه؛ لِكَونها قاطِعةً للشَّركةِ، بخلافِ الإضافةِ فاعتُبِرت الإشارةُ ولَغَتِ الإضافةُ وصارَ كالصَّديقِ والمَرأةِ.

ولهما: أنَّ الدَّاعي إلى اليمين مَعنىً في المُضاف إليه؛ لأنَّ هذه الأعيانَ لا تُهجَرُ ولا تُعادَى لِذَواتها، وكذا العبدُ لِسُقُوط مَنزلتِهِ، بل لِمَعنىً في مُلَّاكِها،

---

(١) أي: عدَمَ الحِنْثِ.

(٢) وهو عدمُ الحنثِ بعد زوال الملك والنِّسبة.

وإنْ حَلَفَ لا يُكَلِّمُ صاحِبَ هذا الطَّيْلَسانِ فَباعَهُ، ثُمَّ كَلَّمَهُ حَنِثَ. ومَنْ حَلَفَ لا يُكَلِّمُ هذا الشَّابَّ، فَكَلَّمَهُ وقد صارَ شَيْخاً حَنِثَ.

فصل

ومَنْ حَلَفَ لا يُكَلِّمُهُ حِيناً أو زَماناً أو الحِينَ أو الزَّمانَ، فهو على سِتَّةِ أشهُرٍ، ...

فَتتقيَّدُ اليمينُ بحالِ قيامِ المِلكِ، بِخلافِ ما إذا كانت الإضافةُ إضافةَ نسبةٍ كالصَّديقِ والمرأةِ؛ لأنَّه يُعادَى لِذاتِه، فكانتِ الإضافةُ للتَّعريفِ، والدَّاعي لِمَعنى في المُضافِ إليه غيرُ ظاهرٍ لِعَدَم التَّعيين، بخلاف ما تقدَّم.

قال: (وإنْ حَلَفَ لا يُكَلِّمُ صاحِبَ هذا الطَّيْلَسانِ فَباعَهُ، ثُمَّ كَلَّمَهُ حَنِثَ)؛ لأنَّ هذه الإضافةَ لا تَحتمِلُ إلَّا التَّعريفَ؛ لأنَّ الإنسانَ لا يُعادى لمعنى في الطَّيلسانِ، فصار كما إذا أشارَ إليه.

(ومَنْ حَلَفَ لا يُكَلِّمُ هذا الشَّابَّ، فَكَلَّمَهُ وقد صارَ شَيْخاً حَنِثَ)؛ لأنَّ الحُكمَ تَعلَّق بالمُشارِ إليه؛ إذِ الصِّفةُ في الحاضرِ لَغْوٌ، وهذه الصِّفةُ ليست بداعيةٍ إلى اليمين على ما مَرَّ من قبل[1].

(فصل)

قال: (ومَنْ حَلَفَ لا يُكَلِّمُهُ حِيناً أو زَماناً أو الحِينَ أو الزَّمانَ، فهو على سِتَّةِ أشهُرٍ)؛ لأنَّ الحِينَ قد يُرادُ به الزَّمانُ القليلُ، وقد يُرادُ به أربعون سنةً، قال الله تعالى: ﴿هَلْ أَتَىٰ عَلَى ٱلْإِنسَٰنِ حِينٌ مِّنَ ٱلدَّهْرِ﴾ [الإنسان: ١]، وقد يُرادُ به ستَّةُ أشهر، قال الله تعالى: ﴿تُؤْتِىٓ أُكُلَهَا كُلَّ حِينٍۭ﴾ [إبراهيم: ٢٥]، وهذا هو الوَسطُ فَيَنصرِفُ إليه، وهذا لأنَّ اليسيرَ لا يُقصَدُ بالمَنعِ لِوُجودِ الامتناعِ فيه عادةً، والمؤبَّدَ لا يُقصَدُ غالباً لأنَّه بمنزلةِ الأبدِ، ولو سكَتَ عنه يَتأبَّدُ فَيَتعيَّنُ ما ذكرنا.

---

(١) يعني: في أوَّل باب اليمين في الأكل والشُّرب، عند قوله: «حَلَفَ لا يَأكُلُ لَحْمَ هذا الحَمَلِ، فأكَلَ بعدَما صارَ كَبْشاً حَنِثَ» انظر ص (٣٧٥).

وكذلكَ الدَّهرُ عندهما. وقال أبو حنيفة: «الدَّهرُ لا أدري ما هو». ولو حَلَفَ «لا يُكَلِّمُه أيَّاماً» فهو على ثَلاثَةِ أيَّامٍ. ....

وكذا الزَّمانُ يُستعمَلُ استعمالَ الحينِ، يقال: «ما رأيتُكَ منذُ حينٍ، ومنذُ زمانٍ» بمعنىً، وهذا إذا لم تكن له نيَّةٌ، أمَّا إذا نوى شيئاً فهو على ما نوى؛ لأنَّه نوى حقيقةَ كلامِهِ.

(وكذلكَ الدَّهرُ عندهما. وقال أبو حنيفة: الدَّهرُ لا أدري ما هو).

وهذا الاختلافُ في المُنكَّرِ[1] وهو الصَّحيحُ، أمَّا المُعرَّفُ بالألفِ واللامِ يُرادُ به الأبدُ عُرفاً.

لهما: أنَّ «دهراً» يُستعملُ استعمالَ الحينِ والزَّمانِ، يقال: «ما رأيتُكَ مُنذُ حينٍ، ومُنذُ دَهرٍ» بمعنىً.

وأبو حنيفة توقَّفَ في تَقديرِهِ؛ لأنَّ اللُّغات لا تُدرَك قياساً، والعُرفُ لم يُعرَفِ استمرارُهُ لاختلافٍ في الاستعمال.

(ولو حَلَفَ «لا يُكَلِّمُه أيَّاماً» فهو على ثَلاثَةِ أيَّامٍ)؛ لأنَّه اسمُ جَمعٍ ذُكِر مُنكَّراً فيتناولُ أقلَّ الجمعِ، وهو الثَّلاث.

ولو حَلَفَ «لا يُكَلِّمُهُ الأيَّامَ» فهو على عشرةِ أيَّامٍ عند أبي حنيفة، وقالا: على أيَّامِ الأسبوعِ.

ولو حَلَفَ «لا يُكَلِّمُه الشُّهورَ»، فهو على عَشَرةِ أشهرٍ عنده. وعندهما على اثني عشَرَ شهراً؛ لأنَّ اللَّامَ لِلمَعهودِ وهو ما ذكرنا، لأنَّه يَدُور عليها[2].

وله: أنَّه جَمعٌ مُعرَّفٌ فَينصرِفُ إلى أقصى ما يُذكَرُ بلفظِ الجَمْعِ، وذلك عشرةٌ.

---

(١) أي: الاختلافُ المذكورُ في قولِهِ: «لا أكلِّمُهُ دهراً» بدونِ الألف واللام.

(٢) قيل: أي: لأنَّ الشُّهور تدور على اثني عشر، وكان القياس أن يقول: لأنَّها تدورُ عليه، ولكن أُوِّل بالمذكور في الأوَّل، وبالإفراد في الثاني. عناية.

وَمَنْ قال لِعَبدِهِ: «إنْ خَدَمْتَنِي أيَّاماً كثيرةً فأنتَ حُرٌّ»، فالأيَّامُ الكثيرةُ عند أبي حنيفة عَشَرَةُ أيَّامٍ.

وكذا الجَوابُ عندَهُ في الجُمَعِ والسِّنينَ[1]، وعندهما يَنصرِفُ إلى العمرِ لأنَّه لا مَعهودَ دونه[2].

(وَمَنْ قال لِعَبدِهِ: «إنْ خَدَمْتَنِي أيَّاماً كثيرةً فأنتَ حُرٌّ»، فالأيَّامُ الكثيرةُ عند أبي حنيفة عَشَرَةُ أيَّام)؛ لأنَّه أكثَرُ ما يَتناوَلُهُ اسمُ الأيَّامِ، وقالا: سبعةُ أيَّام؛ لأنَّ ما زاد عليها تكرارٌ. وقيل: لو كان اليمينُ بالفارسيَّة يَنصرِف إلى سبعةِ أيَّام؛ لأنَّه يُذكَر فيها بلفظ الفَردِ دونَ الجَمْع.

---

(١) يعني: إذا حلَفَ لا يُكلِّمُهُ الجمَعَ، يقعُ على عشرةِ جُمَعَ، وكذا السِّنين.

(٢) أي: لِعَدم المعهود في الجُمَع والسِّنين صُرِف يمينُهُ إلى جميع العمر.

باب اليمين في العتق والطلاق

ومَنْ قال لامْرأتِهِ: «إذا وَلَدتِ وَلَداً فأنتِ طالِقٌ»، فَوَلَدَتْ وَلَدَاً مَيْتاً طَلُقَتْ، وكذلك إذا قال لأَمَتِهِ: «إذا وَلَدتِ وَلَدَاً فَأنتِ حُرَّةٌ»، ولو قال: «إذا وَلَدتِ وَلَداً فَهُوَ حُرٌّ» فَوَلَدَتْ وَلَداً مَيْتاً، ثُمَّ آخرَ حَيَّاً، عَتَقَ الحَيُّ وَحْدَهُ عند أبي حنيفة، وقالا: لا يَعتِقُ واحِدٌ منهما. وإذا قال: «أَوَّلُ عَبدٍ أشتَرِيْهِ فَهُوَ حُرٌّ» فاشْتَرَى عَبْداً عَتَقَ، ....

(باب اليمين في العتق والطلاق)

(ومَنْ قال لامْرأتِهِ: «إذا وَلَدتِ وَلَداً فأنتِ طالِقٌ»، فَوَلَدَتْ وَلَدَاً مَيْتاً طَلُقَتْ، وكذلك إذا قال لأَمَتِهِ: «إذا وَلَدتِ وَلَدَاً فَأنتِ حُرَّةٌ»)؛ لأنَّ المَوجودَ مَولودٌ، فيكونُ وَلداً حقيقةً، ويُسمَّى به في العُرف، ويُعتَبَرُ ولداً في الشَّرعِ حتَّى تَنقضِي به العِدَّةُ، والدَّمُ بعدَهُ نِفاسٌ، وأمُّهُ أمُّ ولدٍ له، فتَحقَّقَ الشَّرطُ وهو وِلادةُ الولدِ.

(ولو قال: «إذا وَلَدتِ وَلَداً فهُوَ حُرٌّ» فوَلَدَتْ وَلَداً مَيْتاً، ثُمَّ آخرَ حَيَّاً، عَتَقَ الحَيُّ وَحْدَهُ عند أبي حنيفة، وقالا: لا يَعتِقُ واحِدٌ منهما)؛ لأنَّ الشَّرطَ قد تحقَّقَ بولادةِ المَيِّتِ على ما بيَّنَّا، فَتَنحلُّ اليمينُ لا إلى جزاءٍ؛ لأنَّ المَيِّتَ ليس بمَحَلٍّ للحرِّيَّةِ، وهي الجزاءُ.

ولأبي حنيفة: أنَّ مُطلَقَ اسمِ الولدِ مُقيَّدٌ بوصفِ الحياةِ؛ لأنَّه قصدَ إثباتَ الحرِّيَّةِ جزاءً، وهي قوَّةٌ حكميَّةٌ تَظهَرُ في دَفعِ تَسلُّطِ الغير، ولا تَثبُتُ في الميِّتِ، فيتقيَّدُ بِوَصفِ الحياةِ، فصار كما إذا قال: «إذا ولدتِ ولداً حيَّاً»، بخلافِ جزاءِ الطَّلاقِ وحرِّيَّةِ الأمِّ؛ لأنَّه لا يَصلُحُ مُقيِّداً[1].

(وإذا قال: «أَوَّلُ عَبدٍ أشتَرِيْهِ فَهُوَ حُرٌّ» فاشْتَرَى عَبْداً عَتَقَ)؛ لأنَّ الأوَّلَ اسمٌ لِفردٍ سابقٍ، ....

---

(١) أي: الجزاءُ لا يَصلُح مقيِّداً، لاستغناء كلٍّ من الطلاق وحرِّيَّة الأمِّ عن حياة الولد، فلم يكن الشَّرطُ إلا وِلادَةَ الولد، وقد تحقَّقت، كما تقرر في بداية هذا الفصل.

فإنِ اشتَرَى عَبْدَينِ مَعاً، ثُمَّ آخرَ، لَمْ يَعتِقْ واحِدٌ منهم، وإنْ قال: «أوَّلُ عَبدٍ أشْتَرِيهِ وَحْدَهُ فَهُوَ حُرٌّ» عَتَقَ الثَّالِثُ، وإنْ قال: «آخِرُ عَبدٍ أشْتَرِيهِ فَهُوَ حُرٌّ» فاشْتَرَى عَبداً ثُمَّ ماتَ لَمْ يَعتِقْ. ولَوِ اشْتَرَى عَبْداً ثُمَّ عَبداً ثُمَّ ماتَ، عَتَقَ الآخِرُ، ويَعتِقُ يَومَ اشْتَراهُ عند أبي حنيفة، حتَّى يُعتبرُ من جميعِ المالِ، وقالا: يَعتِقُ يومَ ماتَ. ....

(فإنِ اشتَرَى عَبْدَينِ مَعاً، ثُمَّ آخرَ، لَمْ يَعتِقْ واحِدٌ منهم)؛ لانعدامِ التَّفرُّد في الأوَّلَين، والسَّبقِ في الثَّالثِ، فانعدمتِ الأوَّليَّةُ.

(وإنْ قال: «أوَّلُ عَبدٍ أشْتَرِيهِ وَحْدَهُ فَهُوَ حُرٌّ» عَتَقَ الثَّالِثُ)؛ لأنَّه يُرادُ به التَّفرُّدُ في حالةِ الشِّراءِ؛ لأنَّ «وحدَهُ» للحال لغةً، والثَّالثُ سابِقٌ في هذا الوصفِ.

(وإنْ قال: «آخِرُ عَبدٍ أشْتَرِيهِ فَهُوَ حُرٌّ» فاشْتَرَى عَبداً ثُمَّ ماتَ لَمْ يَعتِقْ)؛ لأنَّ الآخِرَ اسمٌ لِفَرد لاحقٍ ولا سابقَ له، فلا يكونُ لاحِقاً، (ولَوِ اشْتَرَى عَبْداً ثُمَّ عَبداً ثُمَّ ماتَ، عَتَقَ الآخِرُ)؛ لأنَّه فردٌ لاحِقٌ فاتَّصف بالآخِريَّة، (ويَعتِقُ يَومَ اشْتَراهُ عند أبي حنيفة حتَّى يُعتبرُ من جميعِ المالِ، وقالا: يَعتِقُ يومَ ماتَ) حتَّى يُعتَبَرُ من الثُّلُثِ؛ لأنَّ الآخِريَّةَ لا تَثبُتُ إلَّا بِعَدَمِ شراءِ غيرِهِ بعدَهُ، وذلك يتحقَّقُ بالموتِ، فكان الشَّرطُ مُتحقِّقاً عندَ الموتِ، فيُقتَصَرُ عليه.

ولأبي حنيفة: أنَّ الموتَ مُعرِّفٌ، فأمَّا اتِّصافُهُ بالآخِريَّة فَمِن وقتِ الشِّراءِ، فَيَثبُتُ مُستنِداً.

وعلى هذا الخلافِ تَعليقُ الطَّلقاتِ الثَّلاثِ به[1]، وفائدتُهُ تَظهَر في جريانِ الإرثِ وعدمِهِ.

---

(١) أي: بوصفِ الآخريَّةِ، أو بلفظِ الآخر، بأن قال: «آخرُ امرأةٍ أتزوَّجُها فهي طالقٌ ثلاثاً»، فتزوَّجَ امرأةً، ثمَّ امرأةً، ثمَّ ماتَ تطلقُ الثانيةُ من حينِ تزوَّجها ولا ترثُ. وعندهما: تطلقُ في آخر حياةِ الزَّوجِ، ويصيرُ الزَّوجُ فارّاً، فترثُ المرأةُ. بناية.

ومَنْ قال: «كلُّ عَبدٍ بَشَّرَني بِوِلادَةِ فُلانَةٍ فَهُو حُرٌّ» فَبشَّره ثلاثةٌ مُتفرِّقين، عَتَقَ الأوَّلُ، وإنْ بَشَّرُوهُ مَعاً عَتَقُوا. ولو قال: «إنِ اشْتَرَيتُ فُلاناً فَهُوَ حُرٌّ»، فَاشتَرَاهُ يَنوِي بِهِ كفَّارةَ يَمِينِهِ، لم يُجزِهِ. وإنِ اشتَرَى أباهُ يَنوِي عن كفَّارةِ يَمِينِهِ أجْزَأَهُ عندنا. ....

(ومَنْ قال: «كلُّ عَبدٍ بَشَّرَني بِوِلادَةِ فُلانَةٍ فَهُو حُرٌّ» فَبشَّره ثلاثةٌ مُتفرِّقين، عَتَقَ الأوَّلُ)؛ لأنَّ البِشارةَ اسمٌ لِخَبر يُغيِّرُ بشَرَةَ الوجهِ، ويُشتَرَطُ كونُه ساراً بالعُرفِ، وهذا إنَّما يتحقَّقُ من الأوَّل، (وإنْ بَشَّرُوهُ مَعاً عَتَقُوا)؛ لأنَّها تَحقَّقت من الكلِّ.

(ولو قال: «إنِ اشْتَرَيتُ فُلاناً فَهُوَ حُرٌّ»، فَاشتَرَاهُ يَنوِي بِهِ كفَّارةَ يَمِينِهِ، لم يُجزِهِ)؛ لأنَّ الشَّرط[1] قِرانُ النِّيَّةِ بعِلَّةِ العِتقِ، وهي اليمينُ، فأمَّا الشِّراءُ فَشَرْطُه[2].

(وإنِ اشتَرَى أباهُ يَنوِي عن كفَّارةِ يَمِينِهِ أجْزَأَهُ عندنا)، خلافاً لزفر والشَّافعيِّ[3].

لهما: أنَّ الشِّراءَ شَرطُ العِتْقِ، فأمَّا العِلَّةُ فهي القَرابَةُ، وهذا لأنَّ الشِّراءَ إثباتُ المِلكِ والإعتاقَ إزالتُهُ، وبينهما منافاةٌ.

ولنا: أنَّ شراءَ القَريبِ إعتاقٌ؛ لقوله ﷺ: «لن يَجزِيَ وَلَدٌ والدَهُ، إلَّا أنْ يَجِدَه مملوكاً فيَشترِيَهُ فيَعتِقَه[4]»، جَعَل نفسَ الشِّراءِ إعتاقاً؛ لأنَّه لا يُشترَطُ غيرُهُ، وصار نظيرَ قوله: «سَقاه فَأرواه».

---

(١) أي: شرط الخروج عن عهدة التَّكفير.

(٢) أي: شرطُ العتقِ.

(٣) قال الماوردي في الحاوي (٤٧٦/١٠) الكتب العلمية: أمَّا الذين يَعتقِون عليه بالمِلك فهم الوالدون من الآباء والأمَّهات والأجداد والجَدَّات، والمَولودون من البنين والبنات وأولادِ البنين وأولاد البنات، ولا يَعتِق مَن عدا هذين الطَّرفين من الأقارب والعصبات، فإذا اشترى أحدَ هؤلاءِ بنيَّةِ الكفَّارةِ عتقُوا عليه بالملك ولم يُجزِهِ عن الكفارة. اهـ.

(٤) أخرجه الجماعةُ إلَّا البخاري، وهو عند مسلم في العتق، باب: فضل عتق الوالد (١٥١٠) عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يَجزِي ولَدٌ والداً إلَّا أن يَجِدَهُ مَملُوكاً فَيَشتريه فَيُعتِقَه» وفي رواية ابن أبي شيبة «ولَدٌ والِدَهُ».

وَلَوِ اشْتَرَى أَمَّ وَلَدِهِ لَمْ يُجْزِهِ. وَمَنْ قال: «إنْ تَسَرَّيْتُ جارِيةً فَهِيَ حُرَّةٌ»، فَتسرَّى جارِيةً كانتْ في مِلكِهِ عَتَقَتْ. وإنِ اشْتَرَى جارِيةً فَتَسَرَّاها، لَمْ تَعْتِقْ بهذه اليمين.

(ولَوِ اشْتَرَى أَمَّ وَلَدِهِ لَمْ يُجْزِهِ)، ومعنى هذه المسألة أن يقول لأمَةٍ قد استَوْلَدَها بالنِّكاح: «إنِ اشتريتُكِ فأنتِ حرَّةٌ عن كفَّارةِ يميني»، ثمَّ اشتراها فإنَّها تَعتِق لِوُجودِ الشَّرطِ، ولا يُجزِيهِ عن الكفَّارةِ لأنَّ حُرِّيتَها مُستَحَقَّةٌ بالاستيلادِ، فلا تَنْضافُ إلى اليمينِ من كلِّ وجهٍ.

بخلاف ما إذا قال لِقِنَّةٍ: «إنِ اشتريتُكِ فأنتِ حرَّةٌ عن كفَّارة يميني» حيثُ يُجزيه عنها إذا اشتراها؛ لأنَّ حرِّيَّتها غيرُ مُستحَقَّةٍ بجهةٍ أخرى، فلم تختَلَّ الإضافةُ إلى اليمينِ، وقد قارَنَته النِّيَّةُ.

(ومَنْ قال: «إنِ تَسَرَّيتُ[1] جارِيةً فَهِيَ حُرَّةٌ»، فَتسرَّى جارِيةً كانتْ في مِلكِهِ عَتَقَتْ)؛ لأنَّ اليمينَ انعَقَدَتْ في حقِّها لِمُصادَفَتِها المِلكَ، وهذا[2] لأنَّ الجارية مُنكَّرةٌ في هذا الشَّرطِ، فَتَتناولُ كلَّ جاريةٍ على الانفرادِ. (وإنِ اشْتَرَى جارِيةً فَتَسَرَّاها، لَمْ تَعْتِقْ بهذِه اليَمِينِ) خلافاً لزفر، فإنَّه يقول: التَّسرِّي لا يَصحُّ إلَّا في المِلك، فكان ذِكرُه ذِكرَ المِلكِ، وصار كما إذا قال لأجنبيَّة: «إنْ طلَّقتُك فعبدي حُرٌّ» يصيرُ التَّزوُّجُ مَذكوراً[3].

---

(١) معنى «تسرَّيت» اتَّخذتُ سُرِّيَّةً، وهي فِعْليَّةٌ منسوبةٌ إلى «السِّرِّ» وهو الجماعُ أو الإخفاءُ؛ لأنَّ الإنسان يُسِرُّه، وإنَّما ضُمَّت سِينُه لأنَّ الأبنية قد تتغيَّر في النِّسبة، كما قالوا في النِّسبة إلى الدَّهر «دُهري» بضمِّ الدَّال للمُعمِّر.

والتَّسرِّي عبارةٌ عن التَّحصين والجماعِ، طَلَبَ الولَدَ أو لم يَطلُب عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا بدَّ مِن طَلَب الولدِ مع ذلك، حتَّى لو وَطِئها وعَزَل عنها لا يكون تَسرِّياً عنده. وإذا كان كذلك لم يَستلزِم مِلكَ الرَّقبة، وإنَّما يستلزم مِلكَ المُتعةِ، سواءٌ كان بالنِّكاح أو بمِلك الرَّقبة. عناية.

(٢) توضيح لانعقاد اليمين في حقها.

(٣) فصار كأنَّه قال: إن نكحتك وطلَّقتك فعبدي حرٌّ.

وَمَنْ قال: «كُلُّ مَملُوكٍ لي حُرٌّ» تَعتِقُ أمَّهاتُ أولادِهِ ومُدَبَّرُوهُ وعَبِيدُهُ، ولا يَعتِقُ مُكاتَبُوهُ إلَّا أنْ يَنْوِيَهُمْ. ومَنْ قال لِنِسْوَةٍ لَهُ: «هَذِهِ طالِقٌ أو هَذِهِ وهَذِهِ»، طَلُقَتِ الأخيرَةُ، ولَهُ الخِيارُ في الأُولَيَيْنِ، ....

ولنا: أنَّ المِلكَ يَصيرُ مَذكوراً ضرورةَ صحَّةِ التَّسرِّي، وهو شرطٌ فيتقدَّرُ بِقَدْرِه، ولا يظهرُ في حقِّ صحَّةِ الجزاءِ وهو الحرِّيَّة.

وفي مسألة الطَّلاق[1] إنَّما يظهرُ في حقِّ الشَّرطِ دونَ الجزاءِ، حتَّى لو قال لها: «إن طَلَّقتُكِ فأنتِ طالقٌ ثلاثاً» فتَزَوَّجها وطلَّقَها واحدةً، لا تَطلُقُ ثلاثاً، فهذه وِزانُ مسألتنا[2].

(وَمَنْ قال: «كُلُّ مَملُوكٍ لي حُرٌّ» تَعتِقُ أمَّهاتُ أولادِهِ ومُدَبَّرُوهُ وعَبِيدُهُ)؛ لِوُجودِ الإضافةِ المُطلَقَةِ في هؤلاء، إذِ المِلكُ ثابتٌ فيهم رقبةً ويداً، (ولا يَعتِقُ مُكاتَبُوهُ إلَّا أنْ يَنْوِيَهُمْ)؛ لأنَّ المِلكَ غيرُ ثابت [فيهم][3] يداً، ولهذا لا يَملِكُ أكسابَهُ، ولا يَحِلُّ له وَطءُ المُكاتَبةِ، بخلافِ أمِّ الولدِ والمُدبَّرةِ، فاختلَّتِ الإضافةُ فلا بدَّ من النِّيَّةِ.

(وَمَنْ قال لِنِسْوَةٍ لَهُ: «هَذِهِ طالِقٌ أو هَذِهِ وهَذِهِ»، طَلُقَتِ الأخيرَةُ، ولَهُ الخِيارُ في الأُولَيَيْنِ)؛ لأنَّ كلمة «أو» لإثباتِ أحدِ المَذكورَيْن، وقد أدخَلَها بين الأُولَيَيْن ثمَّ عطَفَ الثَّالثةَ على المُطلَّقَة؛ لأنَّ العطفَ للمُشارَكةِ في الحُكمِ، فَيَختَصُّ بمحلِّهِ[4]، فصار كما إذا قال: «إحداكُما طالقٌ وهذه».

---

(١) جواب عن قوله: «كما إذا قال لأجنبيَّة»، وتقريره: ما ذكرتَ من المسألةِ المذكورةِ فالأمرُ فيه كذلك؛ لأنَّه ثبَتَ فيها مِلكُ النِّكاحِ ضرورةَ صحَّةِ الشَّرطِ الذي هو الطَّلاق، ولا يتعدَّى إلى صحَّةِ الجزاء. عناية.

(٢) من حيثُ إنَّ في كلٍّ منهما ثبَتَ شَرْطُ الشَّرطِ لِصحَّةِ الشَّرطِ، ولا يَتعدَّى. عناية.

(٣) زيادة من (ج).

(٤) أي: يختصُّ العطفُ بمحلِّ الحُكم، ومحلُّ الحكم المطلَّقةُ من إحدى الأوليينِ، فكانتِ الثَّالثةُ طالقاً؛ لأنَّ الواوَ تقتضي الاشتراكَ في الحكمِ، والحكمُ هو الطلاقُ. بناية.

وكذا إذا قال لِعَبيدِهِ: «هذا حُرٌّ أو هذا وهذا» عَتَق الأخيرُ، وله الخيارُ في الأَوَّلَينِ.

(وكذا إذا قال لِعَبيدِهِ: «هذا حُرٌّ أو هذا وهذا» عَتَق الأخيرُ، وله الخيارُ في الأَوَّلَينِ)؛ لِما بيَّنَّا.

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

ومَنْ حَلَفَ «لا يَبِيعُ»، أو «لا يَشْتَرِي»، أو «لا يُؤاجِرُ» فَوَكَّلَ مَنْ فَعَلَ ذلكَ، لَمْ يَحْنَثْ إِلَّا أنْ يَنوِي ذلك، أو يكونَ الحالفُ ذا سُلطانٍ لا يَتولَّى العقدَ بنفسِهِ. ومَنْ حَلَفَ «لا يَتزَوَّجُ» أو «لا يُطَلِّقُ» أو «لا يَعتِقُ» فَوَكَّلَ بِذلكَ حَنِثَ، ولو قال: «عَنَيتُ أنْ لا أتكَلَّمَ بِهِ» لم يُدَيَّن في القَضاءِ خاصَّةً. ....

(باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك)

(ومَنْ حَلَفَ «لا يَبِيعُ»، أو «لا يَشْتَرِي»، أو «لا يُؤاجِرُ» فَوَكَّلَ مَنْ فَعَلَ ذلكَ لَمْ يَحْنَثْ)؛ لأنَّ العَقدَ وُجِدَ له من العاقِدِ، حتَّى كانت الحُقوقُ عليه[1]، ولهذا لو كان العاقدُ هو الحالِفُ يَحنَثُ في يَمينِهِ، فلم يُوجَدْ ما هو الشَّرطُ، وهو العقدُ من الآمِرِ، وإنَّما الثَّابتُ له حُكمُ العقدِ (إلَّا أنْ يَنوِي ذلك)[2]؛ لأنَّ فيه تشديداً، (أو يكونَ الحالفُ ذا سُلطانٍ لا يَتولَّى العقدَ بنفسِهِ)[3]؛ لأنَّه يَمنَعُ نفسَهُ عمَّا يَعتادُه.

(ومَنْ حَلَفَ «لا يَتزَوَّجُ» أو «لا يُطَلِّقُ» أو «لا يَعتِقُ» فَوَكَّلَ بِذلك حَنِثَ)؛ لأنَّ الوكيلَ في هذا سَفيرٌ ومُعبِّرٌ، ولهذا لا يُضِيفُه إلى نفسِهِ بل إلى الآمِرِ، وحقوقُ العقدِ ترجعُ إلى الآمِرِ لا إليه. (ولو قال: «عَنيتُ أنْ لا أتكَلَّمَ بِهِ[4]» لم يُدَيَّن[5] في القَضاءِ خاصَّةً)، وَسنُشِيرُ إلى المعنى في الفَرْقِ إن شاء الله تعالى.

---

(١) أي: على الوكيل، والحقوقُ مثلُ تسليمِ المبيعِ.

(٢) قوله: «إلَّا أن ينوي ذلك» استثناءٌ من قوله: «لم يحنث»، يعني: فإذا نوى البيعَ بنفسِهِ أو وكيلِهِ، يَحنَثُ بِبَيعِ الوكيل. فتح.

(٣) يعني: إذا باشر المأمورُ حَنِث لأنَّ مَقصودَه مِنَ اليمين مَنْعُ نفسِهِ عمَّا هو معتادُهُ، ومُعتادُهُ الأمرُ للغير، وعليه فإذا حلف لا يبيع ولا يشتري، فكأنَّه قال: لا آمر بالبيع ولا آمر بالشِّراء بدلالة الحال، فيحنث بفعل المأمور. بناية بتصرف.

(٤) أي: بلفظ التَّزويجِ والتَّطليقِ والإعتاقِ.

(٥) أي: لم يُصدَّق.

لو حَلَفَ «لا يَضْرِبُ عَبْدَهُ»، أو «لا يَذْبَحُ شاتَهُ»، فَأَمَرَ غَيْرَهُ، فَفَعَلَ يَحْنَثُ في يَمِينِهِ، ولو قال: «عَنيتُ أنْ لا أتَوَلَّى ذلك بِنفسِي» دُيِّنَ في القَضاءِ. ومَنْ حَلَفَ «لا يَضْرِبُ وَلَدَهُ» فَأمَرَ إنساناً فَضَرَبَهُ، لَمْ يَحْنَثْ. ومَنْ قال لِغَيرِهِ: «إنْ بِعْتُ لكَ هذا الثَّوبَ فَامرأتُه طالِقٌ»، فَدَسَّ المَحلوفُ عليه ثَوْبَهُ في ثيابِ الحالِفِ فَباعَهُ ولَمْ يَعْلَمْ، لَمْ يَحْنَثْ.

(لو حَلَفَ «لا يَضْرِبُ عَبْدَهُ»، أو «لا يَذْبَحُ شاتَهُ»، فَأمَرَ غَيْرَهُ، فَفَعَلَ يَحْنَثُ في يَمِينِهِ)؛ لأنَّ المالكَ له وِلايةُ ضَرْبِ عبدِهِ وذَبحِ شاتِهِ، فَيملِك توليتَهُ غيرَهُ، ثمَّ مَنفعتُهُ راجعةٌ إلى الآمِرِ، فَيُجعلُ هو مباشراً؛ إذ لا حُقوقَ له ترجِعُ إلى المأمور، (ولو قال: «عَنيتُ أنْ لا أتَوَلَّى ذلك بِنفسِي» دُيِّنَ في القَضاءِ)، بخلافِ ما تقدَّم من الطَّلاقِ وغيره.

ووجهُ الفَرقِ[1]: أنَّ الطَّلاقَ ليس إلَّا تكلُّماً بكلامٍ يُفضي إلى وُقوعِ الطَّلاقِ عليها، والأمرُ بذلك مِثلُ التَّكلُّم به، واللَّفظُ يَنتَظِمُهما، فإذا نوى التَّكلُّمَ به فقد نوى الخُصوصَ في العامِ، فَيُديَّنُ ديانةً لا قضاءً، أمَّا الذَّبحُ والضَّربُ فَفِعْلٌ حِسِّيٌّ يُعرَف بأثَرِهِ، والنِّسبةُ إلى الآمِرِ بالتَّسبيبِ مجازٌ، فإذا نوى الفعلَ بنفسِهِ فقد نوى الحقيقةَ، فَيُصدَّق ديانةً وقضاءً.

(ومَنْ حَلَفَ «لا يَضْرِبُ وَلَدَهُ» فَأمَرَ إنساناً فَضَرَبَهُ، لَمْ يَحْنَثْ) في يمينه؛ لأنَّ مَنفعةَ ضَربِ الولدِ عائدةٌ إليه، وهو التَّأدُّبُ والتَّثقُّفُ، فلم يُنسَبْ فِعلُه إلى الآمرِ، بخلافِ الأمرِ بِضَربِ العبدِ؛ لأنَّ منفعةَ الائتمارِ بأمرِهِ عائدةٌ إلى الآمِرِ، فَيُضافُ الفعلُ إليه.

(ومَنْ قال لِغَيرِهِ: «إنْ بِعْتُ لكَ هذا الثَّوبَ فَامرأتُه طالِقٌ»، فَدَسَّ المَحلوفُ عليه ثَوْبَهُ في ثيابِ الحالِفِ فَباعَهُ ولَمْ يَعْلَمْ، لَمْ يَحْنَثْ)؛ لأنَّ حرفَ اللَّام دخَلَ على البيعِ فيقتضي اختصاصَهُ به، وذلك بأن يَفعَلَهُ بِأمرِهِ، إذ البيعُ تَجري فيه النِّيابةُ ولم تُوجد.

---

(١) وهو الفرق الذي وعد به قبل أسطر، بقوله: وسنشير إلى المعنى في الفرق.

ومَنْ قال: «هذا العبدُ حُرٌّ إنْ بِعْتُهُ»، فباعَهَ على أنَّهُ بِالخيارِ عَتَقَ. وكذلكَ لو قال المُشتري: «إنِ اشْتَرَيْتُهُ فَهُو حُرٌّ»، فاشْتَراهُ على أنَّهُ بالخيار، عَتَقَ. ومَنْ قال: «إنْ لم أبِعْ هذا العَبْدَ»، أو «هذهِ الأمةَ فَامرأتُهُ طالِقٌ»، فَأعتَقَ أو دَبَّرَ طَلُقَتِ امرأتُهُ. ....

بخلاف ما إذا قال: «إنْ بِعتُ ثوباً لك» حيث يَحنَثُ إذا باع ثوباً مملوكاً له، سواء كان بأمرِهِ أو بغير أمرِهِ، عَلِم بذلك أو لم يعلَمْ؛ لأنَّ حرفَ اللَّام دخَلَ على العين؛ لأنَّه أقربُ إليه فَيَقتضي الاختصاصَ به، وذلك بأن يكونَ مملوكاً له.

ونظيرُهُ الصِّياغةُ والخياطةُ وكلُّ ما تجري فيه النِّيابةُ، بخلافِ الأكلِ والشُّربِ وضَربِ الغُلامِ؛ لأنَّه لا يَحتمِلُ النِّيابةَ، فلا يَفتَرِقُ الحكمُ فيه في الوجهين.

(ومَنْ قال: «هذا العبدُ حُرٌّ إنْ بِعْتُهُ»، فباعَهَ على أنَّهُ بِالخيارِ عَتَقَ)؛ لِوُجودِ الشَّرطِ وهو البيعُ، والمِلكُ فيه قائمٌ[1]، فَينزِلُ الجزاءُ.

(وكذلكَ لو قال المُشتري: «إنِ اشْتَرَيْتُهُ فَهُو حُرٌّ»، فاشْتَراهُ على أنَّهُ بالخيار، عَتَقَ) أيضاً؛ لأنَّ الشَّرطَ قد تحقَّقَ وهو الشِّراءُ، والمِلكُ قائمٌ فيه.

وهذا على أصلهما[2] ظاهرٌ، وكذا على أصلِهِ لأنَّ هذا العِتقَ بِتَعليقِهِ والمُعلَّقُ كالمُنجَّزِ[3]، ولو نَجَّزَ العِتقَ يَثبُتُ المِلكُ سابقاً عليه، فكذا هذا[4].

(ومَنْ قال: «إنْ لم أبِعْ هذا العَبْدَ»، أو «هذهِ الأمةَ فَامرأتُهُ طالِقٌ»، فَأعتَقَ أو دَبَّرَ طَلُقَتِ امرأتُهُ)؛ لأنَّ الشَّرطَ قد تَحقَّقَ، وهو عدمُ البيعِ؛ لِفَواتِ مَحلِّيَّةِ البيعِ.

---

(١) لأنَّ خياره يمنعُ خروجَ المبيعِ عن مِلكِه باتِّفاق. بناية.

(٢) وهو أنَّ خيار المشتري لا يمنع ثُبوتَ المِلك له عندهما.

(٣) أي: وكذا يعتق على أصله - وهو: أنَّ خيار المشتري يخرج المبيع عن ملك البائع ولا يدخله في ملك المشتري - لأنَّ هذا العتق حاصل بتعليق المشتري، والمعلَّق كالمنجَّز.

(٤) أي: لو أنَّ المشتري نجَّز العتقَ بعد الشِّراء بخيار الشَّرط، انفسخ الخيار وثبت الملك ووقع العتق، فكذا إذا علَّق.

وإذا قالتِ المَرأةُ لِزَوجِها: «تَزَوَّجَتَ عَلَيَّ؟»، فقال: «كُلُّ امرأةٍ لي طالقٌ ثَلاثاً»، طَلُقَتْ هذهِ التي حَلَّفَتْهُ في القَضاءِ.

(وإذا قالتِ المَرأةُ لِزَوجِها: «تَزَوَّجَتَ عَلَيَّ ؟»، فقال: «كُلُّ امرأةٍ لي طالقٌ ثَلاثاً»، طَلُقَتْ هذهِ التي حَلَّفَتْهُ في القَضاءِ)، وعن أبي يوسف أنَّها لا تَطلُق؛ لأنَّه أخرجَهُ جواباً فَيَنطبِقُ عليه، ولأنَّ غرضَهُ إرضاؤها، وهو بطلاقِ غَيرِها، فيتقيَّدُ به.

وجهُ الظَّاهر عمومُ الكلامِ، وقد زاد على حرفِ الجوابِ فَيُجعَل مُبتدِئاً[1]، وقد يكونُ غرضُهُ إيحاشَها حين اعتَرَضَت عليه فيما أحَلَّه الشَّرعُ، ومع التَّردُّدِ لا يَصلُحُ مقيَّداً، وإن نوى غيرَها يُصدَّقُ ديانةً لا قضاءً، لأنَّه تخصيصُ العام .

---

(١) أي: أصلُه أنَّه لو أراد الجواب المطابِقَ لقال: «إن فعلتُ فهي طالقٌ»، فلمَّا ذكر كلمة «كل» دلَّ على أنَّ مرادَهُ العمومُ، فَيُعمل بعموم اللَّفظ دونَ خصوص السَّبب، فكان مبتدئاً. عناية.

باب اليمين في الحج والصلاة والصوم

ومَنْ قال وهُوَ في الكعبةِ أو في غَيرِها: «عَلَيَّ المَشيُ إلى بَيتِ الله تعالى»، أو «إلى الكَعبةِ»، فَعَلَيهِ حَجَّةٌ أو عُمرةٌ ماشياً، وإنْ شاءَ رَكِبَ وأهراقَ دَماً، ولو قال: «عَلَيَّ الخُروجُ» أو «الذَّهابُ إلى بيتِ الله تعالى»، فلا شَيءَ عليه، ولو قال: «عَلَيَّ المَشيُ إلى الحَرَمِ»، أو «إلى الصَّفا والمَرْوَةِ»، فلا شَيءَ عليهِ، وهذا عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: في قولِهِ: «عَلَيَّ المَشيُ إلى الحَرَمِ» حَجَّةٌ أو عُمْرةٌ. ....

(باب اليمين في الحج والصلاة والصوم)

(ومَنْ قال وهُوَ في الكعبةِ أو في غَيرِها: «عَلَيَّ المَشيُ إلى بَيتِ الله تعالى»، أو «إلى الكَعبةِ»، فَعَلَيهِ حَجَّةٌ أو عُمرةٌ ماشياً، وإنْ شاءَ رَكِبَ وأهراقَ دَماً)، وفي القياس: لا يَلزَمُه شيءٌ؛ لأنَّه التزَم ما ليس بِقُربةٍ واجبةٍ ولا مَقصودةٍ في الأصل، ومَذهبُنا مأثورٌ عن عليٍّ رضي الله عنه، ولأنَّ النَّاسَ تعارفوا إيجابَ الحجِّ والعمرةِ بهذا اللَّفظ، فصار كما إذا قال: «عليَّ زيارةُ البيتِ ماشياً» فيلزمُهُ ماشياً، وإن شاء رَكِبَ وأراقَ دماً، وقد ذكرناه في المناسك.

(ولو قال: «عَلَيَّ الخُروجُ» أو «الذَّهابُ إلى بَيتِ الله تعالى»، فلا شَيءَ عليه)؛ لأنَّ التزامَ الحَجِّ أو العُمرةِ بهذا اللَّفظِ غيرُ مُتعارَف.

(ولو قال: «عَلَيَّ المَشيُ إلى الحَرَمِ»، أو «إلى الصَّفا والمَرْوَةِ»، فلا شَيءَ عليهِ، وهذا عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: في قولِهِ: «عَلَيَّ المَشيُ إلى الحَرَمِ» حَجَّةٌ أو عُمْرةٌ)، ولو قال: «إلى المسجد الحرام» فهو على هذا الاختلاف.

لهما: أنَّ الحرمَ شاملٌ على البيتِ بالاتِّصال، وكذا المسجدُ الحرامُ شاملٌ على البيتِ، فصار ذِكرُهُ كَذِكْرِهِ، بخلافِ الصَّفا والمَروةِ؛ لأنَّهما مُنفصِلان عنه.

وله: أنَّ التزامَ الإحرامِ بهذه العبارةِ غيرُ مُتعارَفٍ، ولا يُمكِنُ إيجابُهُ باعتبارِ حقيقةِ اللَّفظِ، فامتَنَعَ أصلاً.

وَمَنْ قال: «عبدي حُرٌّ إنْ لَمْ أَحُجَّ العامَ»، وقال: «حَجَجْتُ» وشَهِد شاهدان أنَّه ضَحَّى العامَ بِالكُوفَةِ، لَمْ يَعتِقْ عَبْدُهُ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يَعتِقُ. ومَنْ حَلَفَ لا يَصُومُ، فَنَوَى الصَّومَ وصامَ ساعَةً، ثُمَّ أفطَرَ مِنْ يَومِهِ حَنِثَ. ولو حَلَفَ «لا يَصُومُ يوماً» أو «صَوماً» فَصامَ ساعَةً ثُمَّ أفطَرَ، لا يَحْنَثُ. ولو حَلَفَ «لا يُصَلِّي» فَقامَ وقَرَأَ ورَكَعَ، لم يَحْنَثْ، وإنْ سَجَدَ مَعَ ذلكَ، ثُمَّ قَطَعَ حَنِثَ. ....

(وَمَنْ قال: «عبدي حُرٌّ إنْ لَمْ أَحُجَّ العامَ»، وقال: «حَجَجْتُ» وشَهِد شاهدان أنَّه ضَحَّى العامَ بِالكُوفَةِ، لَمْ يَعتِقْ عَبْدُهُ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يَعتِقُ)؛ لأنَّ هذه شهادةٌ قامت على أمرٍ معلومٍ، وهو التَّضحيةُ، ومِنْ ضرورتِهِ انتفاءُ الحجِّ، فيتحقَّقُ الشَّرطُ.

ولهما: أنَّها قامت على النَّفي؛ لأنَّ المقصودَ منها نفيُ الحجِّ، لا إثباتَ التَّضحيةِ؛ لأنَّه لا مُطالِبَ لها، فصار كما إذا شهدوا أنَّه لم يَحجَّ العامَ، غايةُ الأمرِ أنَّ هذا النَّفيَ[1] مِمَّا يُحيط علمُ الشَّاهدِ به، ولكنَّه لا يُميِّز بين نفيٍ ونفيٍ تيسيراً.

(وَمَنْ حَلَفَ لا يَصُومُ، فَنَوَى الصَّومَ وصامَ ساعَةً، ثُمَّ أفطَرَ مِنْ يَومِهِ حَنِثَ)؛ لِوُجودِ الشَّرطِ؛ إذ الصَّومُ هو الإمساكُ عن المُفطِراتِ على قَصْدِ التَّقرُّبِ.

(ولو حَلَفَ «لا يَصُومُ يوماً» أو «صَوماً» فَصامَ ساعَةً ثُمَّ أفطَرَ، لا يَحْنَثُ)؛ لأنَّه يُرادُ به الصَّومُ التَّامُّ المُعتَبَرُ شرعاً، وذلك بإنهائِهِ إلى آخرِ اليومِ، واليومُ صريحٌ في تقديرِ المُدَّةِ به.

(ولو حَلَفَ «لا يُصَلِّي» فَقامَ وقَرَأَ ورَكَعَ، لم يَحْنَثْ، وإنْ سَجَدَ مَعَ ذلكَ، ثُمَّ قَطَعَ حَنِثَ)، والقياسُ: أن يَحنَثَ بالافتتاحِ اعتباراً بالشُّروعِ في الصَّوم.

---

(١) وهو قولُ الشُّهودِ: «إنَّه لم يحجَّ العامَ».

ولو حَلَفَ «لا يُصلِّي صلاةً» لا يَحنَثُ ما لم يُصَلِّ رَكْعَتَينِ.

وجهُ الاستحسان: أنَّ الصَّلاةَ عبارةٌ عن الأركانِ المُختلِفَةِ، فما لم يأتِ بجَميعِها لا يُسمَّى صلاةً، بخلافِ الصَّومِ لأنَّه رُكنٌ واحدٌ، وهو الإمساكُ، ويَتكرَّرُ في الجزءِ الثَّاني.

(ولو حَلَفَ «لا يُصلِّي صلاةً» لا يَحنَثُ ما لم يُصَلِّ رَكْعَتَينِ)؛ لأنَّه يُراد به الصَّلاةُ المُعتَبَرةُ شرعاً، وأقلُّها ركعتانِ للنَّهي عن البُتَيراء[1].

(١) تقدَّم في (١/ ٣٤٣).

باب اليمين في لبس الثياب والحلى وغير ذلك

ومَنْ قال لامرأتِهِ: «إنْ لَبِسْتُ مِنْ غَزْلِكِ فَهُو هَدْيٌ»، فاشْتَرَى قُطناً فَغَزَلَتْهُ ونَسَجَتْهُ فَلَبِسَهُ، فَهُو هَدْيٌ عند أبي حنيفة، وقالا: ليس عليه أنْ يُهدِيَ حَتَّى تَغزِلَ مِنْ قُطنٍ مَلَكَهُ يَوْمَ حَلَفَ. ومَنْ حَلَفَ «لا يَلْبَسُ حَلْياً» فَلَبِسَ خاتَمَ فِضَّةٍ، لم يَحْنَثْ، وإنْ كانَ مِنْ ذَهَبٍ حَنِثَ، ....

(باب اليمين في لبس الثياب والحلى وغير ذلك)

(ومَنْ قال لامرأتِهِ: «إنْ لَبِسْتُ مِنْ غَزْلِكِ فَهُو هَدْيٌ»، فاشْتَرَى قُطناً فَغَزَلَتْهُ ونَسَجَتْهُ فَلَبِسَهُ فَهُو هَدْيٌ عند أبي حنيفة، وقالا: ليس عليه أنْ يُهدِيَ حَتَّى تَغزِلَ مِنْ قُطنٍ مَلَكَهُ يَوْمَ حَلَفَ)، ومعنى «الهَدْي» التَّصدُّقُ به بمكَّة؛ لأنَّه اسمٌ لِما يُهدَى إليها.

لهما: أنَّ النَّذرَ إنَّما يَصحُّ في المِلكِ أو مُضافاً إلى سببِ المِلكِ، ولم يُوجَدْ [واحدٌ منهما][1]؛ لأنَّ اللُبْسَ وغَزْلَ المرأةِ ليسا من أسباب مِلكِه.

وله: أنَّ غَزْلَ المَرأةِ عادةً يكون من قُطن الزَّوجِ، والمُعتادُ هو المرادُ، وذلك[2] سببٌ لِمِلكِه، ولهذا يَحنَثُ إذا غَزَلَت من قُطنٍ مَملوكٍ له وقتَ النَّذر؛ لأنَّ القطنَ لم يَصِرْ مذكوراً.

(ومَنْ حَلَفَ «لا يَلْبَسُ حَلْياً[3]» فَلَبِسَ خاتَمَ فِضَّةٍ، لم يَحْنَثْ)؛ لأنَّه ليس بِحَلْيٍ عرفاً ولا شرعاً، حتَّى أُبيح استعمالُهُ للرِّجال، والتَّختُّمُ به لِقَصدِ الخَتْم، (وإنْ كانَ مِنْ ذَهَبٍ حَنِثَ)؛ لأنَّه حُليٌّ، ولهذا لا يَحِلُّ استعمالُه للرِّجال.

---

(١) زيادة من (ج).

(٢) أي: الغَزلُ من قُطن الزَّوج سببٌ لِملك الزَّوج لِما غَزَلته امرأتُه.

(٣) و«الحُلِيُّ» بضم الحاء جمعُ «حَلْي» بفتحها، ما يُلبَس من ذهب أو فضة أو جواهر. بحر.

ولو لَبِسَ عِقْدَ لُؤلُؤٍ غَيْرَ مُرَصَّعٍ، لم يَحْنَثْ عند أبي حنيفة، وقالا: يَحْنَثُ. ومَنْ حَلَفَ لا يَنامُ على فِراشٍ فَنامَ عَلَيهِ وفَوْقَهُ قِرامٌ حَنِثَ، وإنْ جَعَلَ فَوْقَهُ فِراشاً آخَرَ فَنَامَ عليه، لا يَحْنَثُ. ولو حَلَفَ «لا يَجلِسُ على الأرضِ»، فَجَلَسَ على بِساطٍ أو حَصيرٍ، لم يَحْنَثْ. وإنْ حَلَفَ لا يَجْلِسُ على سَرِيرٍ، فَجَلَسَ على سَرِيرٍ فَوْقَهُ بِساطٌ أو حَصِيرٌ، حَنِثَ.

(ولو لَبِسَ عِقْدَ لُؤلُؤٍ غَيْرَ مُرَصَّعٍ، لم يَحْنَثْ عند أبي حنيفة، وقالا: يَحْنَثُ)؛ لأنَّه حَلْيٌ حقيقةً، حتَّى سُمِّي به في القرآن[1].

وله: أنَّه لا يُتحلَّى به عُرفاً إلَّا مُرَصَّعاً، ومَبنى الأيمانِ على العُرفِ.

وقيل: هذا اختلافُ عَصرٍ وزمانٍ، ويُفتى بقولهما؛ لأنَّ التَّحلِّيَ به على الانفرادِ معتادٌ.

(ومَنْ حَلَفَ لا يَنامُ على فِراشٍ فَنامَ عَلَيهِ وفَوْقَهُ قِرامٌ حَنِثَ)؛ لأنَّه تبَعٌ للفراشِ، فَيُعدُّ نائما عليه، (وإنْ جَعَلَ فَوْقَهُ فِراشاً آخَرَ فَنامَ عليه، لا يَحْنَثُ)؛ لأنَّ مِثلَ الشَّيء لا يكون تبعاً له، فقَطَع النِّسبةَ عن الأوَّل.

(ولو حَلَفَ «لا يَجلِسُ على الأرضِ»، فَجَلَسَ على بِساطٍ أو حَصيرٍ، لم يَحْنَثْ)؛ لأنَّه لا يُسمَّى جالساً على الأرضِ، بخلافِ ما إذا حال بينه وبين الأرضِ لِباسُهُ؛ لأنَّه تبَعٌ له فلا يُعتبَرُ حائلاً.

(وإنْ حَلَفَ لا يَجْلِسُ على سَرِيرٍ، فَجَلَسَ على سَرِيرٍ فَوْقَهُ بِساطٌ أو حَصِيرٌ، حَنِثَ)؛ لأنَّه يُعَدُّ جالساً عليه، والجلوسُ على السَّريرِ في العادةِ كذلك، بخلاف ما إذا جَعَلَ فوقَهُ سريراً آخَرَ لأنَّه مِثلُ الأوَّلِ، فقَطَعَ النِّسبةَ عنه، والله أعلم بالصَّواب.

---

(١) أي: بالحَلي، يريد به قوله تعالى: ﴿وَتَسْتَخْرِجُواْ مِنْهُ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا﴾ [النّحل: ١٤]، وقوله تعالى: ﴿يُحَلَّوْنَ فِيهَا مِنْ أَسَاوِرَ مِن ذَهَبٍ وَلُؤْلُؤًا﴾ [فاطر: ٣٣]، جَعَل اللُّؤلؤ حُليّاً بِجعله تفسيراً لقوله تعالى: ﴿يُحَلَّوْنَ﴾ [المُمتحنة: ١٠]. عناية.

باب اليمين في الضَّرب والقَتل وغيره

ومَنْ قال لآخَرَ: «إنْ ضَرَبتُكَ فَعَبدِي حُرٌّ»، فماتَ فَضَرَبَهُ، فَهُوَ على الحياةِ، وكذا الكلامُ والدُّخولُ. ولو قال: «إنْ غَسَّلتُكَ فَعَبدِي حُرٌّ» فَغَسَّلَه بعد ما ماتَ، يَحنَثُ. ومَنْ حَلَفَ «لا يَضرِبُ امرأتَهُ»، فَمَدَّ شَعْرَها أو خَنَقَها أو عَضَّها، حَنِثَ، وقيل: لا يَحْنَثُ في حالِ المُلاعَبَةِ. ....

(باب اليمين في الضَّرب والقَتْل وغيره)

(ومَنْ قال لآخَرَ: «إنْ ضَرَبتُكَ فَعَبدِي حُرٌّ»، فماتَ فَضَرَبَهُ فَهُوَ على الحياةِ)؛ لأنَّ الضَّربَ اسمٌ لِفِعلٍ مُؤلِمٍ يتَّصِلُ بالبدنِ، والإيلامُ لا يتحقَّقُ في الميِّتِ، ومَن يُعذَّبُ في القبرِ تُوضَعُ فيه الحياةُ في قولِ العامَّة.

وكذلك الكِسوةُ[1] لأنَّه يُرادُ به التَّمليكُ عند الإطلاقِ، ومنه الكِسوةُ في الكفَّارةِ، وهو من الميِّتِ لا يَتحقَّق إلَّا أن ينويَ به السَّترَ، وقيل بالفارسيَّة يَنصرِفُ إلى اللُّبس[2].

(وكذا الكلامُ[3] والدُّخولُ)؛ لأنَّ المقصودَ من الكلامِ الإفهامُ، والموتُ يُنافيهِ، والمرادُ من الدُّخولِ عليه زيارتُهُ، وبعدَ الموتِ يُزار قَبرُه لا هو.

(ولو قال: «إنْ غَسَّلتُكَ فَعَبدِي حُرٌّ» فَغَسَّلَه بعد ما ماتَ، يَحنَثُ)؛ لأنَّ الغَسلَ هو الإسالةُ، ومعناه التَّطهيرُ، ويتحقَّقُ ذلك في الميِّت.

(ومَنْ حَلَفَ «لا يَضرِبُ امرأتَهُ»، فَمَدَّ شَعْرَها أو خَنَقَها أو عَضَّها، حَنِثَ)؛ لأنَّه اسم لِفِعلٍ مُؤلِمٍ، وقد تحقَّق الإيلامُ، (وقيل: لا يَحنَثُ في حالِ المُلاعَبَةِ)؛ لأنَّه

---

(١) يعني: إن قال: «إن كسوتُكَ فَعبدي حُرٌّ» فكساه بعد الموت لا يَحنَث.

(٢) أي: دونَ التَّمليك، وهو قول الفقيه أبي اللَّيث، ومعناه: أنَّه لا يحنث؛ لأنَّه إذا حلف لا يُلبِس فلاناً، فألبسه وهو ميت حَنِث؛ لأنَّ الإلباس عبارةٌ عن السَّتر والتَّغطية، والميِّتُ محلٌّ لذلك. عناية.

(٣) أي: إن حلَفَ لا يُكلِّمُ فلاناً فكلَّمَهُ بعدَ موتِهِ لا يحنَثُ.

وَمَنْ قال: «إنْ لم أقتُلْ فُلاناً فامرأتُهُ طالِقٌ» وفُلانٌ مَيِّتٌ، وهو عالِمٌ بِهِ، حَنِثَ، فإنْ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ لا يَحْنَثُ.

يُسمَّى مُمازَحة لا ضَرباً.

(ومَنْ قال: «إنْ لم أقتُلْ فُلاناً فامرأتُهُ طالِقٌ» وفُلانٌ مَيِّتٌ، وهو عالِمٌ بِهِ، حَنِثَ)؛ لأنَّه عَقَدَ يمينَهُ على حياةٍ يُحدِثُها اللهُ فيه، وهو مُتصوَّرٌ فَيَنعقِدُ، ثمَّ يَحنَثُ للعَجزِ العاديِّ، (فإنْ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ لا يَحْنَثُ)؛ لأنَّه عقَدَ يمينَهُ على حياةٍ كانت فيه، ولا يُتصوَّر[1]، فيصيرُ قياسَ مسألةِ الكُوزِ[2] على الاختلافِ، وليس في تلك المسألةِ تَفصيلُ العِلْم[3]، وهو الصَّحيح، والله أعلم بالصَّواب.

(١) أي: ولا يتصوَّر البرُّ، ولمَّا لم يتصوَّر البرُّ لم يتصوَّر الحِنث.

(٢) وهي ما لو حلف «إن لم يشرب الماء الذي في الكوز اليوم فامرأته طالق» ولا ماء في الكوز، فعندهما لا يحنث، وعند أبي يوسف يحنث؛ لأنَّ تصوُّرَ البرِّ ليس بشرط عنده.

(٣) أي: وليس في مسألة الكوز ذِكرُ العلم، بمعنى: أنَّه لا يقال فيها: «عَلِم الحالف فراغَ الكوز، أو لم يعلم» أي: الخلاف جارٍ بينهما وبين أبي يوسف سواءٌ علم الحالف فراغَ الكوز أو لم يعلم.

باب اليمين في تقاضي الدراهم

وَمَنْ حَلَفَ «لَيَقْضِيَنَّ دَيْنَهُ إلى قَرِيبٍ»، فهو على ما دونَ الشَّهرِ، وإنْ قال: «إلى بَعيدٍ»، فهو أكثَرُ مِنَ الشَّهرِ. وَمَنْ حَلَفَ «لَيَقضِيَنَّ فُلاناً دَينَهُ اليومَ» فَقَضاهُ، ثُمَّ وَجَدَ فُلانٌ بَعْضَها زُيوفاً أو نَبَهْرَجَةً أو مُسْتَحَقَّةً، لم يَحْنَثِ الحالِفُ، وإنْ وَجَدَها رَصاصاً أو سُتُّوقَةً حَنِثَ، وإنْ باعَهُ بها عبداً وقَبَضَهُ بَرَّ في يَمِينِهِ، وإنْ وَهَبَها لَهُ لم يَبَرَّ. ....

(باب اليمين في تقاضي الدراهم)

(وَمَنْ حَلَفَ «لَيَقْضِيَنَّ دَيْنَهُ إلى قَرِيبٍ»، فهو على ما دونَ الشَّهرِ، وإنْ قال: «إلى بَعيدٍ»، فهو أكثَرُ مِنَ الشَّهرِ)؛ لأنَّ ما دونه يُعدُّ قريباً، والشَّهرُ وما زاد عليه يُعدُّ بعيداً، ولهذا يقال عندَ بُعدِ العَهدِ: «ما لَقيتُكَ منذُ شهرٍ».

(وَمَنْ حَلَفَ «لَيَقضِيَنَّ فُلاناً دَينَهُ اليومَ» فَقَضاهُ، ثُمَّ وَجَدَ فُلانٌ بَعْضَها زُيوفاً أو نَبَهْرَجَةً أو مُسْتَحَقَّةً، لم يَحْنَثِ الحالِفُ)؛ لأنَّ الزِّيافَة عيبٌ، والعيبُ لا يَعدِمُ الجنسَ، ولهذا لو تَجوَّزَ به[1] صار مُستوفياً، فَوُجِدَ شَرطُ البرِّ وقَبضُ المُستحقَّةِ صحيحٌ، ولا يرتفع بردِّه[2] البرُّ المُتحقِّق، (وإنْ وَجَدَها رَصاصاً أو سُتُّوقَةً حَنِثَ)؛ لأنَّهما ليسا من جنس الدَّراهم، حتَّى لا يَجوزُ التَّجوُّزُ بهما في الصَّرف والسَّلَم.

(وإنْ باعَهُ بها عبداً[3] وقَبَضَهُ بَرَّ في يَمِينِهِ)؛ لأنَّ قضاءَ الدَّينِ طريقُهُ المُقاصَّةُ، وقد تَحقَّقت بمجرَّدِ البيعِ، فكأنَّه شَرَطَ القبضَ لِيَتقرَّرَ به.

(وإنْ وَهَبَها لَهُ) يعني: الدَّين (لم يَبَرَّ) لِعَدَم المُقاصَّةِ؛ لأنَّ القضاءَ فِعلُه، والهبةَ إسقاطٌ من صاحبِ الدَّين.

---

(١) أي: لو تسامح القابض بالدَّراهم الزيوف والنَّبهرجة.

(٢) أي: بردِّ ما قضى من الزُّيوف والنَّبهرجة.

(٣) أي: وإن باع الحالفُ المديونُ ربَّ الدَّين بالدَّراهم التي في ذمَّته عبداً.

وَمَنْ حَلَفَ «لا يَقبِضُ دَيْنَهُ دِرْهَماً دُونَ دِرْهَمٍ»، فَقَبَضَ بَعْضَهُ لم يَحْنَثْ حتَّى يَقبِضَ جَمِيعَهُ متفرِّقاً، فإنْ قَبَضَ دَيْنَهُ في وَزْنَيْنِ لَمْ يَتَشاغَلَ بَيْنَهما إلَّا بِعَمَلِ الوَزْنِ لَمْ يَحْنَثْ، وليسَ ذلكَ بِتَفرِيقٍ. ومَنْ قال: «إنْ كان لي إلَّا مِائةَ دِرْهمٍ فَامرأتُهُ طالقٌ» فلم يَملِكْ إلَّا خمسينَ درهماً، لَمْ يَحْنَثْ، وكذلكَ لو قال: «غيرَ مائةٍ، أو سِوَى مائةٍ».

(وَمَنْ حَلَفَ «لا يَقبِضُ دَيْنَهُ دِرْهَماً دُونَ دِرْهَمٍ»، فَقَبَضَ بَعْضَهُ لم يَحْنَثْ حتَّى يَقبِضَ جَمِيعَهُ مُتَفَرِّقاً)؛ لأنَّ الشَّرطَ[1] قبضُ الكلِّ ولكنَّه بِوَصفِ التَّفرُّقِ، ألا يُرى أنَّه أضافَ القَبْضَ إلى دَينٍ مُعرَّفٍ مُضافٍ إليه، فَيَنصرِفُ إلى كلِّه، فلا يَحنَثُ إلَّا به.

(فإنْ قَبَضَ دَيْنَهُ في وَزْنَيْنِ لَمْ يَتَشاغَلَ بَيْنَهما إلَّا بِعَمَلِ الوَزْنِ لَمْ يَحْنَثْ، وليسَ ذلكَ بِتَفرِيقٍ)؛ لأنَّه قد يَتعذَّرُ قبضُ الكلِّ دفعةً واحدةً عادةً، فيصيرُ هذا القَدرُ مُستثنىً منه.

(ومَنْ قال: «إنْ كان لي إلَّا مِائةَ دِرْهمٍ فَامرأتُهُ طالقٌ» فلم يَملِكْ إلَّا خمسينَ درهماً، لَمْ يَحْنَثْ)؛ لأنَّ المقصودَ منه عرفاً نفيُ ما زاد على المائة، ولأنَّ استثناءَ المائةِ استثناؤها بِجَميعِ أجزائها[2]، (وكذلكَ لو قال: «غيرَ مائةٍ، أو سِوَى مائةٍ»)؛ لأنَّ كلَّ ذلك أداة الاستثناء.

---

(١) أي: شرط الحنث.

(٢) يعني: فكان استثناءُ الخمسين داخلاً تحتَ استثناءِ المائة؛ لأنَّ الخمسين من أجزاء المائة، فلذلك لم يحنث.

مسائل متفرقة

وإذا حَلَفَ «لا يَفْعَلُ كذا» تَرَكَهُ أبداً، وإنْ حَلَفَ «لَيَفْعَلَنَّ كذا»، فَفَعَلَهُ مَرَّةً واحدةً، بَرَّ في يَمِينِهِ. وإذا اسْتَحْلَفَ الوالي رَجُلاً لَيُعْلِمَنَّهُ بِكُلِّ داعِرٍ دَخَلَ البَلَدَ، فَهَذا على حالِ وِلايتِهِ خاصَّةً. ومَنْ حَلَفَ «أنْ يَهَبَ عَبْدَهُ لِفُلانٍ» فَوَهَبَهُ ولَمْ يَقْبَلْ، بَرَّ في يَمِينِهِ. ومَنْ حَلَفَ «لا يَشَمُّ رَيحاناً» فَشَمَّ وَرْداً أو ياسَمِيناً، لا يَحْنَثُ. ....

(مسائل متفرقة)

(وإذا حَلَفَ «لا يَفْعَلُ كذا» تَرَكَهُ أبداً)؛ لأنَّه نَفَى الفِعلَ مُطلَقاً، فعَمَّ الامتناعُ ضرورةَ عُمومِ النَّفي.

(وإنْ حَلَفَ «لَيَفْعَلَنَّ كذا»، فَفَعَلَهُ مَرَّةً واحدةً، بَرَّ في يَمِينِهِ)؛ لأنَّ المُلتَزَمَ فِعلٌ واحدٌ غيرُ عَينٍ، إذِ المقامُ مقامُ الإثباتِ، فَيَبَرُّ بأيِّ فعلٍ فَعَلَه، وإنَّما يَحنَثُ بوقوعِ اليأسِ عنه، وذلك بموتِهِ أو بِفَوتِ مَحلِّ الفعلِ.

(وإذا اسْتَحْلَفَ الوالي رَجُلاً لَيُعْلِمَنَّهُ بِكُلِّ داعِرٍ[1] دَخَلَ البَلَدَ، فَهَذا على حالِ وِلايتِهِ خاصَّةً)؛ لأنَّ المقصودَ منه دفعُ شرِّهِ أو شَرِّ غيرِهِ بِزَجْرِهِ، فلا يُفيدُ فائدتَهُ بعد زوالِ سَلطنتِهِ، والزَّوالُ بالموتِ وكذا بالعَزْلِ في ظاهِرِ الرِّواية.

(ومَنْ حَلَفَ «أنْ يَهَبَ عَبْدَهُ لِفُلانٍ» فَوَهَبَهُ ولَمْ يَقْبَلْ، بَرَّ في يَمِينِهِ) خلافاً لزفر، فإنَّه يَعتَبِرُه بالبيعِ؛ لأنَّه تمليكٌ مِثلُه.

ولنا: أنَّه عقدُ تبرُّعٍ، فيَتِمُّ بالمُتبرِّعِ، ولهذا يُقال: وُهِبَ ولم يَقبَلْ، ولأنَّ المقصودَ إظهارُ السَّماحةِ وذلك يتمُّ به، أمَّا البيعُ فَمُعاوَضَةٌ فاقتضى الفِعلَ من الجانبين.

(ومَنْ حَلَفَ «لا يَشَمُّ رَيحاناً» فَشَمَّ وَرْداً أو ياسَمِيناً، لا يَحْنَثُ)؛ لأنَّه اسمٌ لِما لا ساقَ له، ولهما ساقٌ.

---

(١) أي: مفسد خبيث، من الدَّعارة وهي الخبثُ والفساد.

ولَوْ حَلَفَ «لا يَشتَري بَنَفْسَجاً» ولا نِيَّةَ له فَهُو على دُهْنِهِ، وإنْ حَلَفَ على الوَرْدِ فَاليَمِينُ على الوَرَقِ.

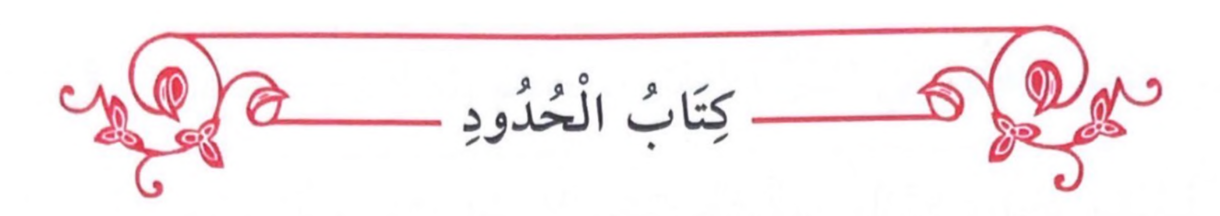
(ولَوْ حَلَفَ «لا يَشتَري بَنَفْسَجاً» ولا نِيَّةَ له فَهُو على دُهْنِهِ) اعتباراً للعُرفِ، ولهذا يُسمَّى بائعُهُ بائعَ البَنفسَجِ، والشِّراءُ يَنبني عليه. وقيل: في عُرفِنا يقَعُ على الورق.

(وإنْ حَلَفَ على الوَرْدِ فَاليَمِينُ على الوَرَقِ)؛ لأنَّه حقيقةٌ فيه، والعرفُ مُقرِّرٌ له، وفي البنفسج قاضٍ عليه[1].



(١) أي: غالبٌ راجحٌ، يعني: أنَّ اسمَ البنفسج يقع على عَيْن البنفسج حقيقةً، كما هو مذهب الشَّافعيِّ، لا على دُهنه، ولكن العرفُ غيَّرَ تلك الحقيقةَ من عينه إلى دُهنه، فكان العرفُ غالباً وراجحاً في اسم البنفسج على حقيقته.

كتاب الحدود



كِتَابُ الْحُدُودِ

الزِّنا يَثْبُتُ بِالبَيِّنَةِ والإقْرارِ، فالبَيِّنَةُ: أنْ تَشْهَدَ أربَعَةٌ مِنَ الشُّهُودِ على رَجُلٍ أوِ امْرأةٍ بِالزِّنا، ....

(كتاب الحدود)

قال: الحدُّ لغةً هو المَنْع، ومنه الحَدَّادُ للبوَّاب.

وفي الشَّريعة: هو العُقوبةُ المقدَّرةُ حقًّا لله تعالى، حتَّى لا يُسمَّى القِصاص حدّاً؛ لأنَّه حقُّ العبدِ، ولا التَّعزيرُ لِعَدمِ التَّقديرِ.

والمَقصِدُ الأصليُّ مِنْ شرعِهِ الانزجارُ عمَّا يَتضرَّرُ به العبادُ، والطَّهارةُ ليست أصليَّةً فيه، بدليل شَرعِه في حقِّ الكافر[1].

بيان ما يثبت به الزنا

قال: (الزِّنا يَثْبُتُ بِالبَيِّنَةِ والإقْرارِ)، والمُرادُ ثُبوتُهُ عندَ الإمامِ؛ لأنَّ البيِّنَةَ دليلٌ ظاهرٌ، وكذا الإقرارُ لأنَّ الصِّدقَ فيه مُرجَّحٌ، لا سيَّما فيما يَتعلَّقُ بِثُبوتِهِ مَضرَّةٌ ومَعَرَّةٌ، والوصولُ إلى العلمِ القَطعيِّ مُتعذِّرٌ، فَيُكتَفى بالظَّاهر.

قال: (فالبَيِّنَةُ: أنْ تَشْهَدَ أربَعَةٌ مِنَ الشُّهُودِ على رَجُلٍ أوِ امْرأةٍ بِالزِّنا)؛ لقوله تعالى: ﴿فَٱسۡتَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِنَّ أَرۡبَعَةً مِّنكُمۡۖ﴾ [النِّساء: ١٥]، وقال الله تعالى: ﴿ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾ [النُّور: ٤]. وقال ﷺ لِلَّذي قَذَفَ امرأتَهُ: «اِئتِ بأربعةٍ يَشهَدُون على

---

(١) أراد المصنِّف أنَّه لم يُشرع لِلطُّهرة، ولذا استَدَلَّ عليه بِشَرعيَّته في حقِّ الكافر، ولا طُهرةَ في حقِّه من الذَّنب بالحدِّ، يعني: أنَّ عُقوبةَ الذَّنب لم ترتفع بمجرَّد الحَدِّ، بل بالتَّوبة معه إن وُجدت، ولم تتحقَّق في حقِّه؛ لأنَّ التَّوبة عبادةٌ وهو ليس من أهلها. فتح القدير.

وإذا شَهِدُوا سَأَلَهُمُ الإمامُ عَنِ الزِّنا، ما هو، وكيف هو، وأين زَنَى، ومَتَى زَنَى، وبِمَنْ زَنَى؟ ....

صِدْق مَقالتِكَ[١]»، ولأنَّ في اشتراطِ الأربعةِ يَتحقَّقُ معنى السَّترِ، وهو مندوبٌ إليه، والإشاعةُ ضِدُّه.

(وإذا شَهِدُوا سَأَلَهُمُ الإمامُ عَنِ الزِّنا، ما هو، وكيف هو، وأين زَنَى، ومَتَى زَنَى، وبِمَنْ زَنَى؟)؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ استَفْسَر ماعِزاً عن الكيفيَّة وعن المَزْنِيَّة[٢]، ولأنَّ

(١) أخرج أبو يعلى في مسنده (٥/ ٢٠٧) (٢٨٢٤) عن أنس بن مالك قال: أوَّلُ لِعانٍ كان في الإسلام أنَّ شُرَيكَ بنَ سَحماء قَذَفَه هِلالُ بنُ أميَّةَ بامرأتِهِ، فرَفَعَته إلى رسول الله ﷺ، فقال النبيُّ ﷺ: يا هِلالُ أربعةُ شهودٍ وإلَّا فَحَدٌّ في ظَهرِك»، فقال: يا رسول الله إنَّ اللهَ لَيَعلَمُ إنِّي لصادِقٌ، ولَيُنزِلَنَّ اللهُ ما يُبرِّئ به ظهري من الجَلدِ، فأنزل اللهُ آيةَ اللِّعان: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ﴾[النُّور: ٦] إلى آخر الآية، فدعاه النَّبيُّ ﷺ فقال: «اشهَدْ بالله إنَّكَ لَمِنَ الصَّادقين فيما رَمَيتَها به من الزِّنى» فَشَهِد بذلك أربعَ شهاداتٍ، ثمَّ قال له في الخامسة: «ولعنةُ اللهِ عليكَ إن كنتَ من الكاذبينَ فيما رَميتَها به من الزِّنى» فَفَعَل، ثمَّ دعاها رسول الله ﷺ فقال: «قُومِي اِشهَدِي بالله إنَّه لَمِنَ الكاذبينَ، بالله إنَّه لمن الكاذبين فيما رماكِ به من الزِّنى» فَشَهِدَت بذلك أربعَ شَهاداتٍ، ثمَّ قال لها في الخامسة: «وغَضَبُ اللهِ عليكِ إن كان من الصَّادقينَ فيما رماكِ به من الزِّنى»، قال مَخلَدُ فلمَّا كان في الرَّابعةِ أو الخامسة سكَتَتْ سكتةً حتَّى ظَنُّوا أنَّها سَتَعترِفُ، ثمَّ قالت: لا أفضَحُ قومي سائرَ اليوم، فمَضَتْ على القولِ، ففرَّقَ رسولُ الله ﷺ بينهما، وقال: «انظُرُوا إن جاءت به جَعداً حَمِشَ السَّاقين فهو لِشُرَيك بن سَمْحاء، وإنْ جاءت به أبيضَ سَبِطاً أقمَرَ العَينَينِ فهو لِهلالِ بنِ أميَّة» فجاءت به آدَمَ جَعداً حَمِشَ السَّاقين، فقال رسول الله ﷺ: «لولا ما نَزَلَ فيهما من كتابِ اللهِ كان لي ولها شأنٌ».
وأخرج مسلمٌ في اللِّعانِ برقم (١٤٩٨) عن أبي هريرة قال: قال سَعْدُ بنُ عبادةَ يا رسولَ اللهِ لو وجدتُ مع أهلي رجلاً لم أَمَسَّهُ حتَّى آتي بأربعةِ شهداءَ؟ قال رسول الله ﷺ: «نعم»، قال: كلا والذي بَعَثَكَ بالحقِّ، إن كنتُ لأُعاجِلَهُ بالسَّيفِ قبلَ ذلك، قال رسولُ الله ﷺ: «اِسمَعُوا إلى ما يقول سيِّدُكم إنَّه لَغَيُورٌ، وأنا أغيَرُ منه، واللهُ أغيَرُ منِّي».

(٢) أخرجه أبو داود في الحدود، باب: رجم ماعز بن مالك (٤٤١٩) عن نعيم بن هزال قال: كان ماعزُ ابنُ مالك يتيماً في حِجْرِ أبي، فأصابَ جاريةً من الحيِّ، فقال له أبي: اِئتِ رسولَ اللهِ ﷺ، فأخبِرْهُ بما صَنَعتَ لعلَّهُ يَستغفِرُ لك، وإنَّما يريدُ بذلك رجاءَ أن يكونَ له مَخرَجاً، فأتاه فقال: يا رسولَ الله، إنِّي زَنيتُ فأقِمِ عليَّ كتابَ اللهِ، فأعرَضَ عنه، فعادَ فقال: يا رسولَ اللهِ إنِّي زنيتُ فأقِمْ عليَّ كتابَ اللهِ، =

فإذا بَيَّنُوا ذلكَ وقالوا: «رأيناه وَطِئَها في فَرْجِها كالمِيلِ في المُكْحُلَةِ»، وسأَلَ القاضي عنهم فَعُدِّلُوا في السِّرِّ والعَلانِيَةِ، حَكَمَ بِشَهادَتِهِمْ. ....

الاحتياطَ في ذلك واجبٌ؛ لأنَّه عَساهُ غيرُ الفِعْلِ في الفَرْج عناه، أو زنى في دارِ الحربِ، أو في المُتقادِمِ من الزَّمانِ، أو كانت له شُبهةٌ لا يَعرِفُها هو ولا الشُّهودُ، كوَطْءِ جاريةِ الابنِ، فَيستقصي في ذلك احتياطاً لِلدَّرءِ.

(فإذا بَيَّنُوا ذلكَ وقالوا: «رأيناه وَطِئَها في فَرْجِها كالمِيلِ في المُكْحُلَةِ»، وسأَلَ القاضي عنهم فَعُدِّلُوا في السِّرِّ والعَلانِيَةِ، حَكَمَ بِشَهادَتِهِمْ)، ولم يَكتفِ بظاهِرِ العدالةِ في الحدودِ احتيالاً لِلدَّرءِ، قال ﷺ: «ادرؤوا الحدودَ ما استَطَعْتُم[1]».

= فأعرَضَ عنه فعادَ فقال: يا رسولَ اللهِ إنِّي زنيتُ فأقِمْ عليَّ كتابَ اللهِ، حتَّى قالها أربعَ مِرارٍ، فقال النَّبيُّ ﷺ: «إنَّكَ قد قُلتَها أربعَ مرَّاتٍ، فَبِمَنْ؟»، قال: بِفُلانة، فقال: «هل ضاجَعْتَها؟»، قال: نعم، قال: «هل باشَرْتَها؟»، قال: نعم، قال: «هل جامَعْتَها ؟»، قال: نعم، قال: فأمَرَ به أن يُرجَمَ، فأُخرِجَ به إلى الحَرَّةِ، فلمَّا رُجِمَ فَوَجَدَ مَسَّ الحجارةِ جَزِعَ، فخرَجَ يَشتَدُّ فَلَقِيَهُ عبدُ الله بنُ أنيس وقد عجَزَ أصحابُه، فنَزَعَ له بِوَظِيفِ - خف البعير - بعيرٍ فَرَماهُ به فَقَتَلَه، ثمَّ أتى النَّبيَّ ﷺ فذكَرَ ذلك له، فقال: «هلا تَركتُمُوه، لعلَّه أن يَتوبَ فَيَتوبَ اللهُ عليه».

وأخرج برقم (٤٤٢٨) عن أبي هريرة قال: جاء الأسلميُّ إلى نبيِّ الله ﷺ فشَهِدَ على نفسِهِ أنَّه أصابَ امرأةً حراماً أربَعَ مرَّاتٍ، كلُّ ذلك يُعرِضُ عنه النَّبيُّ ﷺ، فأقبَلَ في الخامسةِ فقال: «أنُكْتَها؟»، قال: نعم، قال: «حتَّى غابَ ذلكَ مِنكَ في ذلك منها؟»، قال: نعم، قال: «كما يَغيبُ المِروَدُ في المُكحُلَةِ والرِّشاءُ في البِئرِ»، قال: نعم، قال: «هل تدري ما الزِّنا؟»، قال: نعم، أتيتُ منها حراماً ما يأتي الرَّجلُ من امرأتِهِ حلالاً، قال: «فما تُريدُ بهذا القولِ؟»، قال: أريدُ أن تُطهِّرني، فأمَرَ به فَرُجِمَ، فَسَمِعَ النَّبيُّ ﷺ رَجلَينِ من أصحابِهِ يقولُ أحَدُهما لصاحبِهِ: أُنظُرْ إلى هذا الذي سَتَرَ اللهُ عليه، فلم تَدَعْهُ نفسُهُ حتَّى رُجِمَ رَجْمَ الكلبِ، فسكَتَ عنهما، ثمَّ سارَ ساعةً حتَّى مرَّ بِجيفةِ حمارٍ شائِلٍ بِرِجلِهِ، فقال: «أين فلانٌ وفلانٌ؟»، فقالا: نحن ذانِ يا رسول الله، قال: «إنزلا فكُلا من جيفةِ هذا الحمارِ»، فقالا: يا نبيَّ اللهِ مَن يأكلُ من هذا؟ قال: «فما نِلتُما من عِرْضِ أخيكما آنِفاً أشَدُّ من أكلٍ منه، والذي نفسي بيدِهِ إنَّه الآن لَفِي أنهارِ الجنَّةِ يَنغمِسُ فيها».

(١) أخرجه هكذا مختصرا أبو يعلى في مسنده (١١/ ٤٩٤) (٦٦١٨) عن أبي هريرة. =

والإقرارُ أنْ يُقِرَّ البالغُ العاقلُ على نَفسِهِ بِالزِّنا أربعَ مَرَّاتٍ في أربعَةِ مَجالِسَ مِنْ مَجالِسِ المُقِرِّ، كلَّما أقَرَّ رَدَّهُ القاضي، ....

بخلافِ سائرِ الحُقوقِ عند أبي حنيفة[1].

وتعديلُ السِّرِّ والعلانيةِ نُبيِّنُه في الشَّهادات إن شاء الله تعالى.

قال في الأصل: يَحبِسُه[2] حتَّى يسأل عن الشُّهودِ للاتِّهام بالجناية، وقد حَبَس رسولُ الله ﷺ رجلاً بالتُّهمة[3]، بخلاف الدُّيونِ حيثُ لا يُحبَسُ فيها قبلَ ظُهورِ العدالةِ، وسيأتيك الفرقُ إن شاء الله تعالى.

بيان كيفية الإقرار

قال: (والإقرارُ أنْ يُقِرَّ البالغُ العاقلُ على نَفسِهِ بِالزِّنا أربعَ مَرَّاتٍ في أربعَةِ مَجالِسَ مِنْ مَجالِسِ المُقِرِّ، كلَّما أقَرَّ رَدَّهُ القاضي).

فاشتراطُ البلوغِ والعقلِ؛ لأنَّ قولَ الصَّبيِّ والمجنونِ غيرُ مُعتَبَر، أو غيرُ مُوجِبٍ للحَدِّ.

واشتراطُ الأربعِ مَذهبُنا، وعند الشَّافعيِّ يُكتفَى بالإقرارِ مرَّةً واحدةً اعتباراً بسائرِ الحُقوقِ، وهذا لأنَّه مُظهِرٌ، وتَكرارُ الإقرارِ لا يُفيدُ زيادةَ الظُّهورِ، بخلافِ

= وأخرج الترمذي في الحدود، باب: درء الحدود (١٤٢٤) عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «ادرؤوا الحدودَ عن المسلمين ما استطعتُم، فإن كان له مَخرَجٌ فَخَلُّوا سبيلَهُ؛ فإنَّ الإمامَ أنْ يُخطِئَ في العَفوِ خيرٌ من أن يُخطِئَ في العقوبة».

(١) أي: حيثُ اكتفى فيه بظاهرِ العدالةِ، وهو الإسلام.

(٢) أي: قال: إذا وَصفَ الشُّهودُ الأشياءَ المَذكورةَ، يَحبِسُ القاضي المَشهودَ عليه بالزِّنا، إلى أن يسألَ عن عدالةِ الشُّهودِ؛ لأنَّه مُتَّهمٌ وقد يَهرُبُ، ولا وجهَ لأخذِ الكفيلِ منه؛ لأنَّ أخذَ الكفيلِ نَوعُ احتياطٍ، وليس بِمَشروعٍ فيما يَندرِئُ بالشُّبهات. فتح.

(٣) أخرج الترمذي في الديات، باب: ما جاء في الحبس في التهمة (١٤١٧)، وأبو داود في الأقضية، باب: في الحبس في الدين وغيره (٣٦٣٠) عن معاوية بن حيدة «أنَّ النَّبيَّ ﷺ حَبَسَ رجلاً في تُهمةٍ، ثمَّ خلَّى عنه»، وفي الباب من حديث أبي هريرة وأنس.

زيادةِ العددِ في الشَّهادةِ.

ولنا: حديثُ ماعز، فإنَّه ﷺ أخَّرَ الإقامةَ إلى أنْ تَمَّ الإقرارُ منه أربعَ مرَّاتٍ في أربعةِ مَجالِسَ[1]، فلو ظَهَر بما دُونَها لَمَا أخَّرها لِثُبوتِ الوجوبِ، ولأنَّ الشَّهادةَ اختُصَّت فيه بزيادةِ العَددِ، فكذا الإقرارُ إعظاماً لأمر الزِّنا، وتحقيقاً لمعنى السَّترِ، ولا بدَّ من اختلافِ المجالِسِ لِما روينا، ولأنَّ لاتِّحادِ المَجلِسِ أثراً في جَمْعِ المُتفرِّقات؛ فعنده[2] تتحقَّق شبهةُ الاتِّحادِ في الإقرارِ، والإقرارُ قائمٌ بالمُقِرِّ، فَيُعتَبَرُ اختلافُ مَجلِسه[3] دونَ مَجلِس القاضي.

والاختلافُ[4] بأن يَرُدَّه القاضي كلَّما أقرَّ، فيذهبُ حيثُ لا يراهُ، ثمَّ يَجيءُ فَيُقِرُّ، هو المَرويُّ عن أبي حنيفة؛ لأنَّه ﷺ طَرَدَ ماعزاً في كلِّ مرَّة حتَّى توارى بحيطانِ المدينةِ[5].

---

(١) أخرج البخاري في المحاربين من أهل الكفر والردة، باب: سؤال الإمام المقر هل أحصنت (٦٤٣٩)، ومسلم في الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنى (١٦٩١) عن أبي هريرة أنَّه قال: أتى رجلٌ من المسلمين رسولَ الله ﷺ وهو في المسجد، فناداه فقال: يا رسولَ الله إنِّي زنيتُ، فأعرَضَ عنه، فتنحَّى تِلقاءَ وجهِهِ، فقال: له يا رسول الله إنِّي زنيتُ فأعرَضَ عنه حتَّى ثَنَّى ذلك عليه أربعَ مرَّاتٍ، فلمَّا شهد على نفسِهِ أربعَ شهاداتٍ دعاهُ رسولُ الله ﷺ فقال: «أبِكَ جُنونٌ؟»، قال: لا، قال: «فهل أُحصِنتَ؟»، قال: نعم، فقال رسولُ الله ﷺ: «اِذهبوا به فارجُمُوه».

(٢) أي: عند اتِّحاد المجلس.

(٣) أي: فيُعتَبر اختلافُ مجلسه في وجوب الحدِّ.

(٤) أي: واختلاف المجلس يتحقَّق بأن يردَّه القاضي ...

(٥) أخرج ابن حبان في الحدود برقم (٤٤٠٠) عن أبي هريرة قال: جاء ماعزُ بنُ مالكٍ إلى رسول الله ﷺ فقال: إنَّ الأبعدَ قد زنى، فقال له النَّبيُّ ﷺ: «ويلَكَ وما يُدريكَ ما الزِّنى؟»، ثمَّ أمَرَ به فَطُرِدَ وأُخرِجَ، ثمَّ أتاه الثَّانيةَ، فقال: يا رسولَ اللهِ إنَّ الأبعَدَ قد زَنَى فقال: «وَيلَكَ وما يُدرِيكَ ما الزِّنى؟»، فَطُرِدَ وأُخرِجَ ثمَّ أتاه الثَّالثةَ فقال: يا رسولَ اللهِ إنَّ الأبعدَ قد زَنَى، قال: «وَيلَكَ وما يُدرِيكَ ما الزِّنى ؟»، قال: أتيتُ امرأةً حراماً مِثلَ ما يأتي الرَّجلُ من امرأتِهِ، فأمَرَ به فَطُرِدَ وأُخرِجَ، ثمَّ أتاه الرَّابعةَ، فقال: يا رسولَ اللهِ إنَّ الأبعدَ قد زنى فقال: «وَيلَكَ وما يُدرِيكَ ما الزِّنى؟ قال: أدخلتَ وأخرجتَ؟»، قال: نعم، فأمَرَ به أن يُرجَمَ ...الحديث.

فإذا تَمَّ إقرارُهُ أربَعَ مَرَّاتٍ سَأَلَهُ عَنِ الزِّنا ما هُوَ، وكيفَ هُوَ، وأينَ زَنَى، وبِمَنْ زَنَى؟ فإذا بَيَّنَ ذلكَ لَزِمَهُ الحَدُّ. فإنْ رَجَعَ المُقِرُّ عَنْ إقرارِهِ قَبْلَ إقامَةِ الحَدِّ، أو في وَسَطِهِ، قُبِلَ رُجُوعُهُ وخُلِّيَ سَبِيلُهُ. ....

قال: (فإذا تَمَّ إقرارُهُ أربَعَ مَرَّاتٍ سَأَلَهُ عَنِ الزِّنا ما هُوَ، وكيفَ هُوَ، وأينَ زَنَى، وبِمَنْ زَنَى؟ فإذا بَيَّنَ ذلكَ لَزِمَهُ الحَدُّ) لِتَمام الحُجَّة.

ومعنى السُّؤالِ عن هذه الأشياءِ بيَّنَّاه في الشَّهادة، ولم يَذكُرِ السُّؤالَ فيه عن الزَّمانِ وذكَرَهُ في الشَّهادةِ؛ لأنَّ تَقادُمَ العَهدِ يَمنَعُ الشَّهادةَ دونَ الإقرارِ. وقيل: لو سألَهَ جازَ؛ لِجَواز أنَّه زنى في صِباه.

(فإنْ رَجَعَ المُقِرُّ عَنْ إقرارِهِ قَبْلَ إقامَةِ الحَدِّ، أو في وَسَطِهِ، قُبِلَ رُجُوعُهُ وخُلِّيَ سَبِيلُهُ).

وقال الشَّافعيُّ[1] - وهو قول ابن أبي ليلى - يُقيمُ عليه الحَدَّ؛ لأنَّه وجَبَ الحَدُّ بإقرارِهِ، فلا يَبطُلُ بِرُجُوعِه وإنكارِهِ، كما إذا وَجَب بالشَّهادةِ، وصار كالقِصاصِ وحَدِّ القذفِ.

ولنا: أنَّ الرُّجوعَ خبرٌ مُحتَمِلٌ للصِّدقِ كالإقرار، وليس أحَدٌ يُكذِّبُه فيه، فَتَتحقَّق الشُّبهةُ في الإقرار[2].

بخلافِ ما فيه حقُّ العبدِ - وهو القِصاصُ وحدُّ القذفِ - لِوُجودِ مَن يُكذِّبه، ولا كذلك ما هو خالصُ حقِّ الشَّرع.

---

(١) قال شيخ الإسلام زكريا في فتح الوهاب (٢/ ٢٧٤) الكتب العلمية: (ولو أقرَّ) بالزِّنا (ثمَّ رَجَع) عن ذلك (سقط) الحدُّ؛ لأنَّه ﷺ عرَّضَ لماعز بالرُّجوع بقوله: «لعلَّك قبَّلتَ، لعلَّكَ لَمستَ، أبِكَ جنونٌ؟»، (لا إنْ هَرَبَ أو قال: لا تحدُّوني) فلا يَسقُط لوجود مُثبِتِه مع عدَمِ تصريحِهِ برجوعِهِ، لكن يُكفُّ عنه في الحال، فإن رَجَعَ فذاك، وإلَّا حُدَّ. اهـ.

(٢) بسبب التَّعارض الواقع بين الخبرين المُحتَمِلَين للصِّدق والكذب من غير مرجِّح لأحدهما.

ويُسْتَحَبُّ لِلإمام أنْ يُلَقِّنَ المُقِرَّ الرُّجُوعَ، فيقولَ له: «لَعَلَّكَ لَمَسْتَ أو قَبَّلْتَ».

(ويُسْتَحَبُّ لِلإمام أنْ يُلَقِّنَ المُقِرَّ الرُّجُوعَ، فيقولَ له: «لَعَلَّكَ لَمَسْتَ أو قَبَّلْتَ»)؛ لقوله ﷺ لِماعز: «لعلَّك لَمَسْتها أو قبَّلتها[1]».

قال في الأصل: وينبغي أن يقولَ له الإمام: «لعلَّك تزوَّجتَها أو وَطِئْتَها بشبهة»، وهذا قريبٌ من الأوَّل في المعنى.

---

(١) أخرج الحاكم (٤/ ٤٠٢) (٨٠٧٧) عن ابن عباس أنَّ ماعزاً جاء إلى رجلٍ من المسلمين فقال: إنِّي أصبتُ فاحشةً فما تأمُرُني؟ فقال له الرَّجلُ: اذهبْ إلى رسولِ الله ﷺ يَستغفِرْ لكَ، فأتى ماعزٌ رسولَ الله ﷺ فأخبَرَهُ، فكَرِهَ رسولُ الله ﷺ كلامَهُ، - أو قال: قولَه - ثمَّ قال رسول الله ﷺ لِمَن كان معه: أبِصاحِبِكم مَسٌّ؟»، قال ابن عباس: فنظرتُ إلى القومِ لأشير عليهم، فلم يلتفت إليَّ منهم أحدٌ، فقال له رسول الله ﷺ: «لعلَّكَ قبَّلتَها؟»، قال: لا، قال النَّبيُّ ﷺ: «فَمَسَسْتَها؟»، قال: لا، قال: «فَفَعلتَ بها كذا؟» ولم يُكنِّ، قال: نعم، قال: «فارجموه».

وأخرج البخاري في المحاربين من أهل الكفر والردَّة، باب: هل يقول الإمام للمقر لعلك لمست أو غمزت (٦٤٣٨) عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: لمَّا أتى ماعزُ بنُ مالك النَّبيَّ ﷺ قال له: «لعلَّكَ قبَّلتَ، أو غَمَزتَ، أو نَظَرتَ»، قال: لا يا رسول الله، قال: «أنُكتَها»، لا يُكنِّي، قال: فعند ذلك أمَرَ بِرَجمِهِ.

فصل في كيفية الحد وإقامته

وإذا وَجَبَ الحَدُّ وكان الزَّاني مُحْصَناً رَجَمَهُ بِالحِجارَةِ حَتَّى يَمُوتَ، ويُخْرِجُهُ إلى أرضِ فَضاءٍ، ويَبتَدِئُ الشُّهودُ بِرَجْمِهِ، ثُمَّ الإمامُ، ثُمَّ النَّاسُ، ....

(فصل في كيفية الحد وإقامته)

بيان حد الزاني المحصن

(وإذا وَجَبَ الحَدُّ وكان الزَّاني مُحْصَناً رَجَمَهُ بِالحِجارَةِ حَتَّى يَمُوتَ)؛ لأنَّه ﷺ رَجَم ماعزاً وقد أُحصِن[1]، وقال في الحديث المعروف: «وزَنَى بعد إحصان[2]».

وعلى هذا إجماعُ الصَّحابة رضي الله عنهم[3].

قال: (ويُخْرِجُهُ إلى أرضِ فَضاءٍ، ويَبتَدِئُ الشُّهودُ بِرَجْمِهِ ثُمَّ الإمامُ ثُمَّ النَّاسُ)،

---

(١) تقدَّم في أكثر من حديث.

(٢) أخرج البخاري في الديات، باب: القسامة (٦٥٠٣) عن أبي قلابة أنَّ عمر بن عبد العزيز أبرَزَ سريرَهُ يوماً للنَّاس، ثمَّ أذِنَ لهم فدخلوا، فقال: ما تقولون في القَسامة؟ قال: نقول: القَسامةُ القَوَدُ بها حقٌّ، وقد أقادَتْ بها الخُلفاءُ، قال لي: ما تقولُ يا أبا قلابة؟ ونَصَبَني للنَّاس، فقلتُ: يا أمير المؤمنين، عندَكَ رؤوسُ الأجنادِ وأشرافُ العربِ، أرأيتَ لو أنَّ خمسينَ منهم شَهِدوا على رَجلٍ مُحصَنٍ بدمشقَ أنَّه قد زَنَى ولم يَرَوهُ أكنتَ تَرجُمُه؟ قال: لا. قلت: أرأيتَ لو أنَّ خمسينَ منهم شَهِدوا على رجلٍ بِحِمص أنَّه سَرَق أكنتَ تَقطَعُهُ ولم يَرَوهُ؟ قال: لا، قلت: فواللهِ ما قَتَلَ رسولُ اللهِ ﷺ أحداً قطُّ إلَّا في إحدى ثلاثِ خصالٍ: رجلٌ قَتَل بِجَريرةِ نفسِهِ فَقُتِلَ، أو رجلٌ زنى بعدَ إحصانٍ، أو رجلٌ حارَبَ اللهَ ورسولَهُ وارتَدَّ عن الإسلام ...الحديث.

(٣) أخرج البخاري في المحاربين من أهل الكفر والردة، باب: الاعتراف بالزنا (٦٤٤١)، ومسلم - واللفظ له - في الحدود، باب: رجم الثيب في الزنى (١٦٩١) عبد الله بن عباس قال: قال عمر بن الخطاب وهو جالسٌ على منبرِ رسولِ الله ﷺ: إنَّ اللهَ قد بعَثَ محمَّداً ﷺ بالحَقِّ، وأنزل عليه الكتابَ، فكان مِمَّا أُنزِلَ عليه آيةُ الرَّجم، قرأناها ووَعيناها وعَقِلناها، فرَجَمَ رسولُ الله ﷺ ورَجَمْنا بعدَهُ، فأخشى إنْ طالَ بالنَّاسِ زمانٌ أن يقولَ قائلٌ: ما نَجِدُ الرَّجمَ في كتابِ اللهِ، فَيَضلُّوا بِتَركِ فريضةٍ أنزَلَها اللهُ، وإنَّ الرَّجمَ في كتابِ اللهِ حقٌّ على مَن زَنَى إذا أُحصِنَ من الرِّجالِ والنِّساءِ، إذا قامتِ البيِّنةُ أو كانَ الحَبَلُ أو الاعترافُ.

فإنِ امتَنَعَ الشُّهودُ مِنَ الابتداءِ سَقَطَ الحَدُّ، ....

كذا روي عن عليٍّ رَضِيَٱللَّهُعَنهُ[1]، ولأنَّ الشَّاهدَ قد يَتجاسَرُ على الأداءِ ثمَّ يَستعظِمُ المباشرةَ فَيَرجعُ، فكان في بَداءتِهِ احتيالٌ للدَّرء.

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُٱللَّهُ[2]: لا تُشترطُ بَداءتُه اعتباراً بالجلد.

قلنا: كلُّ أحدٍ لا يُحسِنُ الجلدَ، فربَّما يقع مُهلِكاً، والإهلاكُ غيرُ مُستحَقٍّ، ولا كذلك الرَّجمُ لأنَّه إتلاف.

(فإنِ امتَنَعَ الشُّهودُ مِنَ الابتداءِ سَقَطَ الحَدُّ)؛ لأنَّه دِلالةُ الرُّجوعِ، وكذا إذا ماتُوا أو غابُوا في ظاهرِ الرِّواية لِفَواتِ الشَّرطِ.

---

(١) أخرج أحمد (١/ ١٢١) (٩٧٨)، والبيهقي في الكبرى - واللفظ له -، كتاب الحدود، باب: من اعتبر حضور الإمام والشهود وبداية الإمام بالرجم إذا ثبت الزنا باعتراف (١٦٧٤٠) عن الشَّعبيِّ قال: جِيءَ بِشراحة الهمدانيَّة إلى عليٍّ رَضِيَٱللَّهُعَنهُ فقال لها: ويلَكِ لعلَّ رجلاً وقَعَ عليكِ وأنتِ نائمةٌ، قالت: لا، قال: لعلَّه استكرهَكَ؟ قالت: لا، قال: لعلَّ زوجَكِ من عَدوِّنا هذا، أتاكِ فأنتِ تَكرهينَ أن تدلي عليه؟ يُلقِّنُها لعَلَّها تقول: نعم، قال: فأمَرَ بها فَحُبِست، فلمَّا وَضَعَت ما في بَطنِها أخرَجَها يومَ الخميسِ فَضرَبَها مائةً، وحَفَرَ لها يومَ الجمعةِ في الرَّحبةِ، وأحاطَ النَّاسُ بها وأخَذُوا الحِجارةَ، فقال: ليس هكذا الرَّجمُ، إذاً يُصيبُ بَعضُكُم بعضاً، صُفُّوا كصفِّ الصَّلاةِ صَفَّاً خَلْفَ صفٍّ، ثمَّ قال: أيُّها النَّاسُ أيُّما امرأةٍ جيء بها وبها حَبَلٌ، أو اعتَرَفَت، فالإمامُ أوَّلُ مَن يَرجُمُ، ثمَّ النَّاسُ، وأيُّما امرأةٍ جِيء بها أو رجلٍ زانٍ فَشَهِدَ عليه أربعةٌ بالزِّنا، فالشُّهودُ أوَّلُ مَن يَرجُمُ، ثمَّ الإمامُ، ثمَّ النَّاسُ، ثمَّ رَجَمَها ثمَّ أمَرَهُم فَرَجَم صفٌّ ثمَّ صَفٌّ، ثمَّ قال: اِفعلُوا بها ما تفعلون بِمَوتاكم.

(٢) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٤/ ١٨٧): (ويُستحبُّ) عند استيفاءِ الحدِّ سواءٌ أثبت بالبيِّنة أم بالإقرار (حضورُ الإمام، و) حضورُ (شُهودِهِ) أي: الزِّنا، إن ثبت بهم للخروج من خلاف أبي حنيفة، فإنَّه قال بوجوب حضورهم. اهـ

قال الماوردي في الحاوي (١٣/ ٢٠٢) الكتب العلمية: فإن حَضَرَ الإمامُ والشُّهودُ الرَّجمَ، لم يجب الابتداءُ بالرَّجم على أحدٍ، وبدأ به من شاء. اهـ.

وإنْ كانَ مُقِرّاً ابتَدَأ الإمامُ ثُمَّ النَّاسُ، ويُغَسَّلُ ويُكَفَّنُ ويُصَلَّى عليه. وإنْ لَمْ يَكُنْ مُحْصَناً وكان حُرّاً، فَحَدُّهُ مائةُ جَلْدَةٍ، ....

(وإنْ كانَ مُقِرّاً ابتَدَأ الإمامُ ثُمَّ النَّاسُ)، كذا روي عن عليٍّ رضي الله عنه[1]، ورَمَى رسولُ الله ﷺ الغامديَّةَ بحصاةٍ مِثلِ الحِمِّصةِ، وكانت قد اعترفتْ بالزِّنا[2].

(ويُغَسَّلُ ويُكَفَّنُ ويُصَلَّى عليه)؛ لقوله ﷺ في ماعز: «اِصنَعُوا به كما تَصنَعُون بموتاكم[3]»، ولأنَّه قُتِل بحقٍّ فلا يَسقُطُ الغُسلُ كالمَقتولِ قِصاصاً، وصلَّى النَّبيُّ ﷺ على الغامديَّةِ بعدما رُجِمت[4].

بيان حد الزاني غير المحصن

(وإنْ لَمْ يَكُنْ مُحْصَناً وكان حُرّاً، فَحَدُّهُ مائةُ جَلْدَةٍ)؛ لقوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ﴾[النُّور: ٢]، إلَّا أنَّه انتسَخَ في حقِّ المُحصَن، فبقي في حقِّ غيرِهِ مَعمولاً به.

---

(١) تقدَّم قبل قليل.

(٢) أخرج أحمد (٥/ ٤٢) (٢٠٧٠٨)، وأبو داود - واللفظ له - في الحدود، باب: المرأة التي أمر النبي برجمها من جهينة (٤٤٤٣) عن أبي بكرة: أنَّ النَّبيَّ ﷺ رَجَمَ امرأةً فَحَفَرَ لها إلى الثُّندوة.
وزاد أبو داود في رواية برقم (٤٤٤٤) ثمَّ رماها بِحَصاةٍ مِثْلَ الحِمِّصةِ، ثمَّ قال: «أُرمُوا واتَّقُوا الوجهَ» فلمَّا طُفِئَتْ أخرَجَها فصَلَّى عليها.

(٣) أخرج ابن أبي شيبة في الجنائز، باب: في المرجومة تُغسَّل أم لا (١١٠١٤) عن بريدة قال: لمَّا رُجِمَ ماعزٌ قالوا: يا رسولَ اللهِ ما نَصنَعُ به؟ قال: «اصنعُوا به ما تَصنَعونَ بِمَوتاكم من الغُسلِ والكَفَنِ والحَنُوطِ والصَّلاةِ عليه».

(٤) أخرجه الجماعة إلا البخاري، وهو عند مسلم في الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنى (١٦٩٦) عن عمران بن حصين: أنَّ امرأةً من جُهَينةَ أتت نبيَّ اللهِ ﷺ وهي حُبلَى من الزِّنى، فقالت: يا نبيَّ اللهِ أصبتُ حدّاً فأقِمْهُ عليَّ، فدعا نبيُّ اللهِ ﷺ وَلِيَّها فقال: «أحسِنْ إليها، فإذا وَضَعَت فائتني بها»، ففَعَل، فأَمَرَ بها نبيُّ اللهِ ﷺ فَشُكَّت عليها ثيابُها، ثمَّ أمَرَ بها فَرُجِمَت، ثمَّ صلَّى عليها، فقال له عمر: تُصلِّي عليها؟ يا نبيَّ الله وقد زَنَتْ. فقال: «لقد تابت توبةً لو قُسِمَت بينَ سبعينَ من أهلِ المدينةِ لَوَسِعَتْهُم، وهل وَجَدَت توبةً أفضَلَ من أن جادت بِنَفسِها لله تعالى؟».

يَأمُرُ الإمامُ بِضَربِهِ بِسَوطٍ لا ثَمَرَةَ لَهُ ضَرْباً مُتَوَسِّطاً، وتُنْزَعُ عنه ثِيابُه، ....

قال: (يَأمُرُ الإمامُ بِضَربِهِ بِسَوطٍ لا ثَمَرَةَ لَه[1] ضَرْباً مُتَوسِّطاً)؛ لأنَّ علياً رضي الله عنه لمَّا أراد أن يُقيم الحَدَّ كَسَر ثمَرَتَه[2]. والمُتوسِّطُ بين المُبرحِ وغيرِ المُؤلِم؛ لإفضاءِ الأوَّل إلى الهلاك، وخُلُوِّ الثاني عن المقصودِ، وهو الانزجار.

(وتُنْزَعُ عنه ثِيابُهُ)، معناه: دونَ الإزارِ؛ لأنَّ علياً رضي الله عنه كان يأمرُ بالتَّجريدِ في الحدودِ[3]، ولأنَّ التَّجريدَ أبلغُ في إيصالِ الألم إليه، وهذا الحَدُّ مَبناهُ على الشِّدَّة في الضَّربِ، وفي نَزْعِ الإزارِ كشفُ العورةِ فيتَوَقَّاه.

---

(١) قال في الصَّحاح: ثَمَر السِّياط عُقَدُ أطرافها، ومنه «يأمرُ الإمامُ بضربه بسوط لا ثمرة له» يعني: العُقْدَة. وقيل: المرادُ بالثَّمرة ذَنَبُه وطَرَفُه؛ لأنَّه إذا كان له ذلك تصير الضَّربة ضربتين، وهذا أصحُّ. عناية.

(٢) أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الحدود، باب: في السوط من يأمر به أن يدق (٢٨٦٨٣) عن حَنظَلَةَ السَّدُوسيِّ قال: سمعتُ أنسَ بنَ مالكٍ يقول: كان يُؤمَرُ بالسَّوطِ فَتُقطَعُ ثمرتُهُ، ثمَّ يُدَقُّ بينَ حَجَرين حتَّى يَلينَ، ثمَّ يُضرَبُ به، فقلتُ لأنسٍ في زمانِ مَنْ كان هذا؟ قال: في زمانِ عمر بن الخطاب.
وأخرج عبد الرزاق في الطلاق، باب: ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله (١٣٥١٥) عن يحيى بنِ أبي كثير أنَّ رجلاً جاءَ إلى النَّبيِّ ﷺ فقال: يا رسول الله إنِّي أصبتُ حدّاً فأقِمْهُ عليَّ، فدعا رسولُ الله ﷺ بِسَوطٍ جَديدٍ عليه ثَمَرتُهُ، فقال: «لا، سَوطٌ دونَ هذا»، فأتي بِسَوطٍ مكسورِ العَجزِ، فقال: «لا، سَوطٌ فوقَ هذا»، فأتي بِسَوطٍ بين السَّوطين، فأمَرَ به فَجُلِدَ، ثمَّ صَعِدَ المِنبَرَ والغَضبُ يُعرَفُ في وَجهِهِ، فقال: «أيُّها النَّاسُ إنَّ اللهَ تعالى حرَّمَ عليكم الفواحشَ ما ظَهَرَ منها وما بَطَنَ، فمن أصابَ منها شيئاً فَليَستَتِرْ بِسترِ اللهِ؛ فإنَّه مَن يُرفَعُ إلينا من ذلك شيئاً نُقِمه».

(٣) قال الزيلعي (٣/ ٣٢٣): غريب، وروي عنه خلافُهُ، كما أخرجه عبدُ الرَّزاق في الطلاق، باب: وضع الرداء (١٣٥٢٤) عن عليٍّ أنَّه أتي برجلٍ في حدٍّ فضَرَبَه وعليه كِساءٌ له قَسطلاني قاعداً.
وبرقم (١٣٥٢٦) عن الشَّعبيِّ قال سألتُ المُغيرةَ بنَ شعبة عن القاذِفِ أتُنزَعُ عنه ثيابُهُ؟ قال: لا تُنزَعُ عنه إلَّا أن يكونَ فَرْواً أو مَحشُوّاً.
وبرقم (١٣٥٢٢) عن الضَّحَّاكِ بنِ مُزاحِم عن ابنِ مسعودٍ قال: لا يَحِلُّ في هذه الأُمَّةِ التَّجريدُ ولا مَدٌّ ولا غِلٌّ ولا صَفَدٌ.
وأخرج في الطلاق، باب: ضرب المرأة (١٣٥٣١) عن عليٍّ أنَّه جَلَدَ جارِيةً فُجُرِّدت وتحتَ ثيابِها دِرعُ حديدٍ ألبَسَها إيَّاه أهلُها، ونفاها إلى البصرة.

ويُفَرِّقُ الضَّربَ على أعضائِهِ إلَّا رأسَهُ وَوَجْهَهُ وفَرْجَهُ، ويُضْرَبُ في الحُدُودِ كُلِّها قائماً غَيْرَ مَمْدُودٍ، ....

(ويُفَرِّقُ الضَّربَ على أعضائِهِ)؛ لأنَّ الجَمْعَ في عُضوٍ واحدٍ قد يُفضي إلى التَّلَفِ، والحدُّ زاجرٌ لا مُتلِف. قال: (إلَّا رأسَهُ وَوَجْهَهُ وفَرْجَهُ)؛ لقوله ﷺ للَّذي أمَرَه بِضَرْب الحَدِّ: «اتَّقِ الوجهَ والمَذاكير[1]»، ولأنَّ الفَرْجَ مَقتَلٌ، والرَّأسَ مَجْمَعُ الحَواسِّ، وكذا الوجهُ وهو مَجْمَع المَحاسِن أيضاً، فلا يُؤمَنُ فواتُ شيءٍ منها بالضَّرب، وذلك إهلاكٌ معنىً فلا يُشرَع حدّاً.

وقال أبو يوسف رحمه الله: «يُضرَب الرَّأس أيضاً» رجع إليه، وإنَّما يُضرَب سَوطاً لقول أبي بكر: «اِضربُوا الرَّأس؛ فإنَّ فيه شيطاناً[2]».

قلنا: تأويلُهُ أنَّه قال ذلك فيمن أُبيح قتلُهُ. ويقال: إنَّه وَرَد في حربيٍّ كان مِن دُعاة الكَفَرَة، والإهلاكُ فيه مستحَقٌّ.

(ويُضْرَبُ في الحُدُودِ كُلِّها قائماً غَيْرَ مَمْدُودٍ)؛ لقول عليٍّ رضي الله عنه: «يُضرَب الرِّجالُ في الحدود قياماً، والنِّساءُ قُعوداً[3]»، ولأنَّ مَبنى إقامةِ الحَدِّ على التَّشهيرِ، والقيامُ أبلَغُ فيه.

ثمَّ قولُه: «غيرَ ممدود»، فقد قيل: المَدُّ أن يُلقَى على الأرضِ ويُمَدُّ كما يُفعَلُ في زماننا، وقيل: أن يُمَدَّ السَّوطُ فَيرفعه الضَّاربُ فوقَ رأسِهِ، وقيل: أنْ يَمُدَّه بعد الضَّربِ، وذلك كلُّه لا يُفعَلُ لأنَّه زيادةٌ على المُستحَقِّ.

---

(١) قال الزيلعي (٣/ ٣٢٤): غريب مرفوعاً، وأخرج ابن أبي شيبة في الحدود، باب: ما جاء في الضرب في الحد (٢٨٦٧٥) عن عليٍّ أنَّه أتي برجلٍ سكرانَ، أو في حدٍّ، فقال: اضرِبْ وأعطِ كلَّ عضوٍ حقَّهُ واتَّقِ الوجهَ والمَذاكيرَ.

(٢) أخرج ابن أبي شيبة في الحدود، باب: في الرأس يضرب في العقوبة (٢٩٠٣٣) عن القاسم أنَّ أبا بكر أتي برجلٍ انتفى من أبيه فقال أبو بكر: اضرِبِ الرَّأس؛ فإنَّ الشَّيطانَ في الرَّأس.

(٣) أخرج البيهقي في الكبرى، في كتاب الأشربة والحدود، باب: ما جاء في صفة السوط والضرب (١٧٣٦٠) عن يحيى بن الجزار أنَّ عليّاً رضي الله عنه كان يقول: يُضرَبُ الرَّجلُ قائماً، والمرأةُ قاعدةً».

وإنْ كانَ عبداً جَلَدَهُ خَمْسِينَ جَلْدَةً، والرَّجُلُ والمَرأةُ في ذلك سَواءٌ، غيرَ أنَّ المَرأةَ لا يُنْزَعُ مِنْ ثيابِها إلَّا الفَرْوُ والحَشْوُ، وتُضرَبُ جالِسَةً، وإنْ حَفَرَ لها في الرَّجْمِ جازَ، ولا يُحْفَرُ لِلرَّجُلِ. ....

(وإنْ كانَ عبداً جَلَدَهُ خَمْسِينَ جَلْدَةً)؛ لقوله تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾[النِّساء: ٢٥] نزلت في الإماءِ، ولأنَّ الرِّقَّ مُنقِصٌ للنِّعمةِ، فيكون مُنقِصاً للعقوبة؛ لأنَّ الجنايةَ عند تَوافُرِ النِّعَمِ أفحشُ، فيكونُ أدعى إلى التَّغليظ.

(والرَّجُلُ والمَرأةُ في ذلك سَواءٌ)؛ لأنَّ النُّصوصَ تَشمَلُهما (غيرَ أنَّ المَرأةَ لا يُنْزَعُ مِنْ ثيابِها إلَّا الفَرْوُ والحَشْوُ)؛ لأنَّ في تَجريدِها كشفَ العورةِ، والفَروُ والحَشوُ يَمنعانِ وُصولَ الألمِ إلى المَضروبِ، والسَّترُ حاصلٌ بدونهما فيُنزَعان.

(وتُضرَبُ جالِسَةً)؛ لما روينا، ولأنَّه أستَرُ لها.

(وإنْ حَفَرَ لها في الرَّجْمِ جازَ)؛ لأنَّه ﷺ حَفَر للغامديَّة إلى ثُنْدُوَتِها[1]، وحَفَر عليٌّ رضي الله عنه لِشُراحَةَ الهَمدَانيَّة[2]. وإن تَرَك لا يَضرُّه؛ لأنَّه ﷺ لم يأمرْ بذلك، وهي مستورةٌ بثيابها، والحفرُ أحسنُ؛ لأنَّه أستَرُ، ويُحفَر إلى الصَّدر لِما روينا.

(ولا يُحْفَرُ لِلرَّجُلِ)؛ لأنَّه ﷺ ما حَفَره لماعزٍ[3]، ولأنَّ مَبنَى الإقامةِ على التَّشهيرِ في الرِّجالِ، والرَّبطُ والإمساكُ غيرُ مشروعٍ.

---

(١) أخرج أبو داود في الحدود، باب: المرأة التي أمر النبي برجمها من جهينة (٤٤٤٣) عن أبي بكرة: أنَّ النَّبيَّ ﷺ رَجَم امرأةً فحَفَر لها إلى الثُّندوَةِ.

(٢) تقدَّم انظر ص (٤٢٣) ت (١).

(٣) أخرج مسلم في الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنى (١٦٩٤) من حديث أبي سعيد الخدري في رجم ماعز بن مالك، جاء فيه: «فأمَرَنا أن نَرجُمَه، قال: فانطلقنا به إلى بَقيعِ الغَرقَدِ، قال: فما أوثَقناهُ ولا حَفَرنا له، قال: فَرَميناهُ بالعَظمِ والمَدَرِ والخَزَفِ ...» الحديث.

ولا يُقِيمُ المَوْلَى الحَدَّ على عَبْدِهِ إلَّا بِإذنِ الإمامِ. وإحصانُ الرَّجمِ: أنْ يَكُونَ حُرّاً، عاقِلاً، بالغاً، مُسلِماً، قد تَزَوَّجَ امرأةً نِكاحاً صَحِيحاً، ودَخَلَ بها، وهما على صِفَةِ الإحصانِ. ....

(ولا يُقِيمُ المَوْلَى الحَدَّ على عَبْدِهِ إلَّا بِإذنِ الإمامِ)، وقال الشَّافعيُّ[1]: له أن يُقيمَه لأنَّ له ولايةً مُطلَقَةً عليه كالإمامِ، بل أولى لأنَّه يَملِكُ من التَّصرُّفِ فيه ما لا يَملِكُه الإمامُ، فصار كالتَّعزير.

ولنا: قوله ﷺ: «أربعٌ إلى الولاة، وذَكَرَ منها الحدودَ[2]»، ولأنَّ الحدَّ حقُّ اللهِ تعالى؛ لأنَّ المَقصِدَ منها إخلاءُ العالمِ عن الفسادِ، ولهذا لا يَسقُطُ بإسقاطِ العبدِ، فَيَستوفيه مَن هو نائبٌ عن الشَّرعِ، وهو الإمامُ أو نائبُه.

بخلافِ التَّعزير لأنَّه حقُّ العبدِ، ولهذا يُعزَّرُ الصَّبيُّ، وحقُّ الشَّرعِ موضوعٌ عنه.

بيان حد إحصان الرجم

قال: (وإحصانُ الرَّجمِ: أنْ يَكُونَ حُرّاً، عاقِلاً، بالغاً، مُسلِماً، قد تَزَوَّجَ امرأةً نِكاحاً صَحِيحاً، ودَخَلَ بها، وهما على صِفَةِ الإحصانِ).

فالعقلُ والبلوغُ شرطٌ لأهليَّة العُقوبةِ؛ إذ لا خِطابَ دونَهُما، وما وراءهما يُشتَرَطُ لِتكامُلِ الجنايةِ بواسطةِ تكامُلِ النِّعمةِ؛ إذ كُفرانُ النِّعمةِ يَتغلَّظُ عند تكثُّرِها،

---

(١) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٦/ ١٨٥) دار الفكر: (ويَحُدُّ الرَّقيقَ سيِّدُه) بنفسِهِ أو نائبه إذا كان عالماً بقدرِ الحدِّ وكيفيَّتِهِ، وإن لم يأذن له الإمامُ.
ولو كان السِّيدُ امرأةً هل تقيمُهُ هي أو وليُّها أو السُّلطان؟ فيه أوجُه، أصحُّها أوَّلُها.
(فإن تنازعا) أي: الإمامُ والسِّيدُ في حدِّ الرَّقيق (فالأصحُّ) يَحدُّه (الإمامُ) الأعظمُ أو نائبه لعموم ولايته، والثاني السِّيدُ لغرض إصلاح ملكه. اهـ.

(٢) قال الزيلعي (٣/ ٣٢٦): غريب، وأخرج ابن أبي شيبة في الحدود، باب: من قال الحدود إلى الإمام (٢٨٤٣٨) عن الحسن قال: أربعةٌ إلى السُّلطان، الزَّكاة، والصَّلاة، والحدود، والقضاء.

وهذه الأشياءُ[1] من جلائلِ النِّعم، وقد شُرِع الرَّجمُ بالزِّنا عند استجماعِها، فَيُناطُ به.

بخلاف الشَّرفِ والعلمِ[2]؛ لأنَّ الشَّرعَ ما وَرَدَ باعتبارِهما، ونَصْبُ الشَّرعِ بالرَّأي مُتعذِّرٌ، ولأنَّ الحرِّيَّةَ مُمكِّنةٌ من النِّكاحِ الصَّحيحِ، والنِّكاحُ الصَّحيحُ مُمكِّنٌ من الوَطءِ الحلالِ، والإصابةُ شِبَعٌ بالحلالِ، والإسلامُ يُمكِّنُه من نكاحِ المسلمةِ، ويُؤكِّدُ اعتقادَ الحُرمةِ، فيكونُ الكلُّ مَزجَرةً عن الزِّنا، والجنايةُ بعد توفُّرِ الزَّواجرِ أغلَظُ.

والشَّافعيُّ يُخالِفُنا في اشتراطِ الإسلامِ[3]، وكذا أبو يوسف في رواية.

لهما: ما رُوي أنَّ النَّبيَّ ﷺ رَجَم يهوديَّين قد زنَيَا[4].

قلنا: كان ذلك بِحُكم التَّوراةِ ثمَّ نُسخَ، يُؤيِّدُه قولُه ﷺ: «مَن أشركَ بالله فليس بِمُحصَنٍ[5]».

---

(١) أي: الحرِّيَّة والعقلُ والبلوغ والإسلامُ والدُّخولُ بها في نكاح صحيح وهما على صفة الإحصان.

(٢) جواب عمَّا يقال: لمَّا كانت الأشياء المذكورة من جلائل النِّعم، كانت شرائط الإحصان، والشَّرفُ والعلمُ أيضا من جلائل النِّعم، فينبغي أن يكونا من شرائط الإحصان.

(٣) قال النووي في الروضة (٧/ ٣٠٩): ليس من شرطِ الإحصانِ الإسلامُ، فإذا زنى ذمِّيٌّ مكلَّفٌ حُرٌّ وَطِئ في نكاحٍ صحيحٍ، رُجِم، ولو ارتدَّ مُحصَنٌ، لم يبطل إحصانُهُ، فلو زنى في الرِّدَّةِ أو بعدَ الإسلام رجم. اهـ.

(٤) أخرجه الأئمَّة السِّتَّةُ، وهو عند البخاري في المناقب، باب: قول الله تعالى ﴿يَعْرِفُونَهُۥ كَمَا يَعْرِفُونَ أَبْنَآءَهُمْ وَإِنَّ فَرِيقًا مِّنْهُمْ لَيَكْتُمُونَ ٱلْحَقَّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ [البَقَرَة: ١٤٦] (٣٤٣٦)، ومسلم في الحدود، باب: رجم اليهود أهل الذمة في الزنا (١٦٩٩) عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: أنَّ اليهودَ جاؤوا إلى رسول الله ﷺ فذكروا له أنَّ رجلاً منهم وامرأةً زَنَيا، فقال لهم رسولُ الله ﷺ: «ما تَجِدونَ في التَّوراةِ في شأنِ الرَّجم؟»، فقالوا: نَفضَحُهُم ويُجلَدُون، فقال عبد الله بن سلام: كَذَبتُم إنَّ فيها الرَّجمَ، فأتَوا بالتَّوراةِ فَنَشَرُوها، فوَضَعَ أحدُهُم يدَهُ على آيةِ الرَّجم فقرأ ما قبلَها وما بعدَها، فقال له عبد الله بن سلام: ارفَعْ يدَكَ، فرفَعَ يدَهُ فإذا فيها آيةُ الرَّجمِ، فقالوا: صدَقَ يا محمَّدُ فيها آيةُ الرَّجمِ، فأمَرَ بهما رسولُ الله ﷺ فَرُجِما.

(٥) قال الزيلعي (٣/ ٣٢٧): رواه إسحاقُ بن راهويه في مسنده عن ابن عمر عن النَّبيِّ ﷺ قال: «مَن أشرك بالله فليس بِمُحصَنٍ» انتهى، قال إسحاق: رفَعَه مرَّةً فقال: عن رسول الله ﷺ، ووَقَفَه مرَّة، انتهى. =

ولا يُجْمَعُ في المُحْصَنِ بينَ الرَّجْمِ والجَلْدِ، ....

والمُعتَبَرُ في الدُّخُولِ[(١)] إيلاجٌ في القُبُلِ على وَجهٍ يُوجِب الغُسلَ.

وشُرِطَ صِفةُ الإحصانِ فيهما عندَ الدُّخول، حتَّى لو دخَلَ بالمنكوحةِ الكافرةِ أو المَملوكةِ أو المجنونةِ أو الصَّبيَّةِ لا يكونُ مُحصَناً، وكذا إذا كان الزَّوجُ مَوصوفاً بإحدى هذه الصِّفاتِ وهي حُرَّةٌ مسلمةٌ عاقلةٌ بالغةٌ؛ لأنَّ النِّعمةَ بذلك لا تَتكامَلُ، إذِ الطَّبعُ يَنفُر عن صُحبةِ المجنونةِ، وقلَّما يُرغَبُ في الصَّبيَّةِ لِقلَّة رَغبتِها فيه، وفي المنكوحة المملوكةِ حَذَراً عن رقِّ الولدِ، ولا ائتلافَ مع الاختلافِ في الدِّينِ.

وأبو يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ يُخالِفُهما في الكافرة، والحُجَّةُ عليه ما ذكرناه، وقولُه ﷺ: «لا تُحصِّن المُسلِمَ اليهوديَّةُ ولا النَّصرانيةُ، ولا الحُرَّ الأمةُ، ولا الحرَّةَ العبدُ[(٢)]».

قال: (ولا يُجْمَعُ في المُحْصَنِ بينَ الرَّجْمِ والجَلْدِ)؛ لأنَّه ﷺ لم يَجْمَع[(٣)]، ولأنَّ

= ومن طريق إسحاق بن راهويه رواه الدارقطني في سننه، ثمَّ قال: لم يرفعه غيرُ إسحاق، ويقال: إنَّه رجع عن ذلك، والصَّوابُ موقوفٌ. اهـ.

(١) يعني: في قوله: «نكاحاً صحيحاً ودخل بها».

(٢) أخرج ابن أبي شيبة في الحدود، باب: في الرجل يتزوج المرأة من أهل الكتاب ثم يفجر (٢٨٧٥٢)، والطبراني في الكبير من طريق ابن أبي شيبة (١٩/ ١٠٣) (٢٠٥) عن كعبٍ أنَّه أراد أن يَتزوَّجَ يهوديَّةً أو نَصرانيَّةً، فسأل النَّبيَّ ﷺ عن ذلك فنهاه عنها، وقال: «إنَّها لا تُحصِّنُك».

(٣) أخرج الأئمَّةُ السِّتَّةُ في كتبهم، وهو عند البخاري في الشروط، باب: الشروط التي لا تحل في الحدود (٢٠٧٥)، ومسلم في الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنى (١٦٩٧)، واللفظ للبخاري: عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وزيدِ بن خالدٍ الجُهنيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أنَّهما قالا: إنَّ رجلاً مِن الأعرابِ أتى رسولَ اللهِ ﷺ فقال: يا رسول الله، أنشُدُكَ اللهَ إلَّا قضيتَ لي بكتابِ اللهِ، فقال الخصمُ الآخَرُ - وهو أفقهُ منه - نَعَم فاقضِ بيننا بكتابِ الله وائذَنْ لي، فقال رسول الله ﷺ: «قل»، قال: إنَّ ابني كان عسيفاً على هذا فزَنَى بامرأتِه، وإنِّي أُخبِرتُ أنَّ على ابني الرَّجمَ فافتديتُ منه بمائةِ شاةٍ ووليدةٍ، فسألتُ أهلَ العلمِ فأخبروني أنَّما على ابني جلدُ مائةٍ وتغريبُ عامٍ، وأنَّ على امرأةِ هذا =

ولا يَجْمَعُ في البِكْرِ بينَ الجَلْدِ والنَّفْيِ، ....

الجلدَ يَعْرى عن المقصودِ مع الرَّجمِ؛ لأنَّ زَجْرَ غيرِهِ يحصل بالرَّجم، إذ هو في العقوبةِ أقصاها، وزَجرُهُ لا يَحصُلُ بعد هلاكِهِ.

قال: (ولا يَجمَعُ في البِكْرِ بينَ الجَلْدِ والنَّفْيِ)، والشَّافعيُّ يَجمَع بينهما حدّاً[1]؛ لقوله ﷺ: «البِكرُ بالبِكرِ جَلْدُ مائةٍ وتَغرِيبُ عام[2]»؛ ولأنَّ فيه حَسْمَ باب الزِّنا لقلَّةِ المعارف[3].

ولنا: قولُه تعالى: ﴿فَٱجۡلِدُواْ﴾ [النُّور: ٢] جَعَل الجَلْدَ كلَّ المُوجَبِ رُجوعاً إلى حرف الفاء[4]، وإلى كونِهِ كلَّ المَذكورِ، ولأنَّ في التَّغريبِ فتحَ بابِ الزِّنا؛ لانعدام الاستحياءِ من العَشيرةِ، ثمَّ فيه[5] قَطْعَ موادِّ البقاء، فربَّما تتَّخِذُ زناها

= الرَّجم، فقال رسول الله ﷺ: «والذي نفسي بيدِهِ لأقضِيَنَّ بينكما بكتابِ اللهِ، الوليدةُ والغَنَمُ رَدٌّ، وعلى ابنكَ جَلدُ مائةٍ وتغريبُ عامٍ، أُغد يا أُنيس إلى امرأةِ هذا، فإنِ اعترَفَتْ فارجُمْها»، قال: فَغَدا عليها فاعترَفَت، فأمَرَ بها رسولُ الله ﷺ فَرُجِمَت.

(١) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٤/ ١٨٢) دار الفكر: (والبِكرُ) وهو غيرُ المُحصَن المُكلَّف (الحُرُّ) من رجلٍ أو امرأةٍ حدُّه (مائةُ جلدةٍ) لآية ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي﴾ [النُّور: ٢] وِلاءً، ويُغرَّبُ (إلى مسافةِ قَصرٍ فما فوقها) إن رآه الإمام؛ لأنَّ عمرَ غرَّب إلى الشَّامَ، وعثمان إلى مصر، وعليّاً إلى البصرة. اهـ مختصرا.

(٢) أخرج مسلم في الحدود، باب: حد الزنى (١٦٩٠) عن عُبادةَ بنِ الصَّامت قال: قال رسول الله ﷺ «خُذُوا عنِّي خُذُوا عنِّي، قد جَعَل اللهُ لهنَّ سبيلاً، البِكرُ بالبِكرِ جَلدُ مائةٍ ونَفيُ سنةٍ، والثَّيِّبُ بالثَّيِّبِ جَلدُ مائةٍ والرَّجمُ».

(٣) أي: لقلَّة مَن يَعرِفهم ويَعرِفونه من الأحبَّاء والحبيبات، لِما أنَّ الزِّنا إنَّما ينشأ من الصُّحبة والمُؤانَسَة، والتَّغريبُ قاطعٌ لذلك.

(٤) معناه: أنَّ الفاء للجزاء، وإذا ذُكِر الجزاءُ بعد الشَّرط بالفاء دلَّ استقراءُ كلامِهِم أنَّه هو الجزاء؛ ألا ترى أنَّه إذا قال لامرأته: «إن دخلتِ الدَّارَ فأنتِ طالقٌ واحدة» ليس جزاءُ الشَّرط إلَّا ما هو المذكور بعد الفاء. عناية.

(٥) أي: في النَّفي قطعُ موادِّ البقاءِ، وهو الكسبُ لما يحتاجُ إليه من المأكَلِ والمشرَبِ. بناية.

إِلَّا أَنْ يَرَى الإمامُ في ذلكَ مَصْلَحَةً، فَيُغَرِّبُهُ على قَدْرِ ما يَرَى. وإذا زَنَى المَرِيضُ وَحَدُّهُ الرَّجمُ رُجِمَ، وإِنْ كان حَدُّهُ الجَلْدَ لَمْ يُجْلَدْ حَتَّى يَبْرَأَ. وإِنْ زَنَتِ الحامِلُ لَمْ تُحَدَّ حَتَّى تَضَعَ حَمْلَها، وإِنْ كانَ حَدُّها الجَلْدَ لَمْ تُجْلَدْ حَتَّى تَتَعالى مِنْ نفاسِها.

مكسَبَةً[١]، وهو من أقبح وُجوه الزِّنا، وهذه الجهةُ مرجَّحةٌ لقول عليٍّ رضي الله عنه: كفى بالنَّفي فتنةً[٢]، والحديثُ منسوخٌ كَشَطْرِه، وهو قوله ﷺ: «الثَّيِّب بالثَّيِّب جَلْدُ مائةٍ ورَجْمٌ بالحجارة»، وقد عُرِف طريقُهُ في موضعه.

قال: (إِلَّا أَنْ يَرَى الإمامُ في ذلكَ مَصْلَحَةً، فَيُغَرِّبُهُ على قَدْرِ ما يَرَى)، وذلك تعزيرٌ وسياسةٌ؛ لأنَّه قد يُفيدُ في بعضِ الأحوالِ فيكونُ الرَّأيُ فيه إلى الإمام، وعليه يُحمَلُ النَّفيُ المَرويُّ عن بعض الصَّحابةِ[٣].

(وإذا زَنَى المَرِيضُ وَحَدُّهُ الرَّجمُ رُجِمَ)؛ لأنَّ الإتلافَ مُستحَقٌّ فلا يَمتنِعُ بسببِ المرضِ، (وإِنْ كان حَدُّهُ الجَلْدَ لَمْ يُجْلَدْ حَتَّى يَبْرَأَ)؛ كيلا يُفضي إلى الهَلاك، ولهذا لا يُقامُ القطعُ عندَ شدَّةِ الحرِّ والبردِ.

(وإِنْ زَنَتِ الحامِلُ لَمْ تُحَدَّ حَتَّى تَضَعَ حَمْلَها)؛ كيلا يؤدِّي إلى هلاكِ الولدِ، وهو نفسٌ مُحترمةٌ، (وإِنْ كانَ حَدُّها الجَلْدَ لَمْ تُجْلَدْ حَتَّى تتعالى مِنْ نفاسِها)، أي: ترتفع، ....

---

(١) لأنَّها لمَّا تباعدَتْ عن الأقاربِ والأوطانِ، انقطعت عنها موادَّ المعاشِ، فيُخرِجُها ذلك إلى اتِّخاذِ الزِّنا مَكسبةً. بناية بتصرف.

(٢) أخرج عبد الرزاق في الطلاق، باب: في النفي (١٣١٢٧) عن إبراهيم قال: قال: عبدُ الله بن مسعود في البِكرِ تَزني بالبِكرِ، يُجلَدانِ مِئةً ويُنفَيانِ، قال: وقال عليٌّ: حَسبُهُما من الفِتنةِ أن يُنفَيا.
وأخرج أيضاً (١٣١٢٠) عن عبد الله بنِ عمر أنَّ أبا بكر بنَ أميَّةَ بنِ خَلَف غُرِّب في الخمرِ إلى خيبر، فَلَحِقَ بِهرقل، قال: فتنَصَّرَ، فقال عمر: «لا أُغرِّبُ مُسلِماً بعدَه أبداً».

(٣) أخرج الترمذي في الحدود، باب: النفي (١٤٣٨) عن ابن عمر أنَّ النَّبيَّ ﷺ ضَرَبَ وغرَّبَ، وأنَّ أبا بكرٍ ضَرَبَ وغرَّبَ، وأنَّ عمرَ ضَرَبَ وغرَّبَ.
قال الترمذي: وفي هذا الباب عن أبي هريرة وزيد بن خالد وعبادة بن الصامت.

يريدُ به [حتَّى][1] تَخرُجَ منه؛ لأنَّ النِّفاسَ نوعُ مرضٍ فيؤخَّرُ إلى زمانِ البُرءِ، بخلافِ الرَّجم؛ لأنَّ التَّأخيرَ لأجل الوَلَد، وقد انفَصَلَ.

وعن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ: أنَّه يُؤخَّرُ إلى أن يستغني وَلَدُها عنها إذا لم يكن أحدٌ يقومُ بتَربيتِهِ؛ لأنَّ في التَّأخيرِ صيانةَ الولدِ عن الضَّياع، وقد روي أنَّه ﷺ قال للغامديَّة بعدما وَضَعَت: «ارجعي حتَّى يستغني ولَدُك[2]».

ثمَّ الحُبلى تُحبَسُ إلى أن تَلِدَ إن كان الحَدُّ ثابتاً بالبيِّنةِ كي لا تَهرُبَ، بخلافِ الإقرارِ؛ لأنَّ الرُّجوعَ عنه عاملٌ فلا يُفيدُ الحَبْس، والله أعلم.

---

(١) زيادة من (د).

(٢) أخرج مسلم في الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنى (١٦٩٥) عن بريدة ... قال: فجاءت الغامِديَّةُ فقالت: يا رسولَ اللهِ إنِّي قد زَنيتُ فَطهِّرني، وإنَّه رَدَّها، فلمَّا كان الغَدُ قالت: يا رسولَ اللهِ لِمَ تَردُّني؟ لعلَّكَ أن تردَّني كما رَددتَّ ماعزاً، فوالله إنِّي لَحُبلى قال: «إمَّا لا، فاذهبي حتَّى تَلِدي»، فلمَّا ولَدَتْ أتَتْهُ بالصَّبيِّ في خِرقةٍ، قالت: هذا قد وَلدتُّه، قال: «اذهبي فأرضِعِيهِ حتَّى تَفطِمِيهِ»، فلمَّا فَطَمَته أتَتْهُ بالصَّبيِّ في يدِهِ كِسرةُ خُبزٍ فقالت: هذا يا نبيَّ اللهِ قد فَطَمتُهُ وقد أكَلَ الطَّعامَ، فدَفَعَ الصَّبيَّ إلى رجلٍ من المسلمين، ثمَّ أمر بها فَحُفِر لها إلى صَدرِها وأمَرَ النَّاسَ فَرَجَمُوها، فأقبَلَ خالدُ بنُ الوليدِ بحَجَرٍ فَرَمَى رأسَها، فتَنَضَّحَ الدَّمُ على وَجهِ خالدٍ فَسَبَّها، فسَمِعَ نبيُّ اللهِ ﷺ سبَّهُ إيَّاها فقال: «مهلاً يا خالدُ، فو الذي نفسي بيدِهِ لقد تابت توبةً لو تابَهَا صاحبُ مَكسٍ لَغُفِرَ له»، ثمَّ أمَرَ بها فصلَّى عليها ودُفِنت.

باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

الوَطءُ المُوجِبُ لِلحَدِّ هو الزِّنا . ...

(باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه)

قال: (الوَطءُ المُوجِبُ لِلحَدِّ هو الزِّنا)، وإنَّه في عُرفِ الشَّرعِ واللِّسان: وَطءُ الرَّجلِ المرأةَ في القُبُلِ في غيرِ المِلكِ وشُبهةِ المِلكِ؛ لأنَّه فِعلٌ مَحظورٌ، والحُرمةُ على الإطلاقِ عند التَّعرِّي عن المِلك وشُبهتِهِ، يُؤيِّد ذلك قوله ﷺ: «ادرؤوا الحدودَ بالشُّبهات[(١)]».

ثمَّ الشُّبهةُ نوعان: شُبهةٌ في الفعلِ، وتُسمَّى شُبهةَ اشتباهٍ[(٢)]، وشبهةٌ في المَحلِّ، وتُسمَّى شُبهةً حُكميَّة.

- فالأولى تتحقَّقُ في حقِّ مَن اشتَبَه عليه؛ لأنَّ معناه أن يَظنَّ غيرَ الدَّليلِ دليلاً[(٣)]، ولا بدَّ من الظَّنِّ لِيَتحقَّق الاشتباه.

- والثَّانيةُ تَتحقَّقُ بقيامِ الدَّليلِ النَّافي للحُرمةِ في ذاتِهِ[(٤)]، ولا تتوقَّفُ على ظَنِّ الجاني واعتقادِهِ.

---

(١) أخرج ابن أبي شيبة في الحدود، باب: في درء الحدود بالشبهات (٢٨٤٩٣) عن إبراهيم قال: قال عمر بن الخطاب: «لَئِن أعطِّلَ الحدودَ بالشُّبُهاتِ أَحَبُّ إليَّ مِن أن أُقيمَها بالشُّبهات».
وأخرج أيضاً برقم (٢٨٤٩٤) عن عمرو بن شعيب عن أبيه أنَّ معاذاً وعبدَ الله بنَ مسعود وعُقبةَ بنَ عامر قالوا: «إذا اشتَبَهَ عليك الحَدُّ فادرأه».
وأخرج أيضاً برقم (٢٨٤٩٧) عن الزُّهريِّ قال: «اِدفَعُوا الحدودَ بكلِّ شُبهةٍ».

(٢) أي: وهي أن تشتبه عليه الحالُ بأن يظنَّ أنَّها تَحِلُّ له، وهي شبهةٌ في حقِّ مَن اشتبه عليه، وليست بشبهةٍ في حقِّ مَن لم يَشتبه عليه، لذلك لو قال: «علمتُ أنَّها تَحرُم عليَّ» حُدَّ. عناية.

(٣) كما إذا ظَنَّ أنَّ جاريةَ امرأتِهِ تَحِلُّ له بِناءً على أنَّ الوَطءَ نوعُ استخدامٍ، واستخدامُ الجاريةِ يَحِلُّ، فكذا الوطءُ، فيكونُ تَحقُّقُ الشُّبهةِ بالنِّسبةِ إلى الظَّانِّ. عناية.

(٤) مثل: قولِهِ ﷺ: «أنتَ ومالُكَ لأبيكَ»، سواءٌ ظَنَّ الحِلَّ أو عَلِمَ الحُرمةَ؛ لأنَّ الشُّبهةَ بِثُبوتِ الدَّليلِ قائمةٌ في نفسِ الأمرِ عَلِمَها أحدٌ أو لم يعلمها. فتح.

والحَدُّ يَسقُطُ بالنَّوعين لإطلاقِ الحديث[١].

والنَّسبُ يَثبُتُ في الثَّانيةِ إذا ادَّعى الوَلَدَ، ولا يَثبُتُ في الأولى وإنِ ادَّعاه؛ لأنَّ الفِعلَ تمَحَّضَ زناً في الأولى، وإنَّما سَقط الحدُّ لأمرٍ راجعٍ إليه، وهو اشتباه الأمرِ عليه، ولم يَتمحَّض في الثَّانية.

فشبهةُ الفعلِ في ثمانيةِ مواضع: جاريةُ أبيه وأمِّه وزوجتِهِ، والمُطلَّقةُ ثلاثاً وهي في العِدَّة، وبائناً بالطَّلاقِ على مالٍ وهي في العدَّةِ، وأمُّ ولدٍ [إذا][٢] أعتَقَها مولاها وهي في العِدَّةِ، وجاريةُ المولى في حقِّ العبدِ، والجاريةُ المَرهونةُ في حقِّ المُرتَهِنِ في روايةِ كتاب الحدود. ففي هذه المواضع لا حدَّ عليه إذا قال: «ظننتُ أنَّها تحلُّ لي»، ولو قال: «علِمتُ أنَّها عليَّ حرامٌ» وجب الحدُّ.

والشُّبهةُ في المَحلِّ في ستَّةِ مَواضعَ: جاريةُ ابنِهِ، والمُطلَّقةُ طلاقاً بائناً بالكناياتِ، والجاريةُ المَبيعةُ في حقِّ البائعِ قبلَ التَّسليمِ، والمَمْهورةُ في حقِّ الزَّوجِ قبلَ القبضِ، والمُشتَرَكةُ بينَهُ وبينَ غَيرِه، والمَرهونةُ في حقِّ المُرتَهِنِ في روايةِ كتابِ الرَّهن. ففي هذه المواضعِ لا يَجِب الحدُّ وإن قال: «علمتُ أنَّها عليَّ حرام».

ثمَّ الشُّبهةُ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ تَثبُتُ بالعَقدِ وإن كان متَّفقاً على تَحريمِهِ وهو عالِمٌ به[٣]، وعند الباقين لا تَثبُتُ إذا عَلِمَ بِتَحريمِهِ، ويَظهَرُ ذلك في نكاح المَحارِمِ على ما يأتيك إن شاء الله تعالى[٤].

---

(١) أراد قوله: «ادرؤوا الحدودَ بالشبهات».

(٢) زيادة من (د).

(٣) فصارت الشُّبهةُ على قول أبي حنيفة ثلاثة: شبهةُ الفعل، وشبهةُ المَحلِّ، وشبهةُ العقد، وكذا قسمها في المحيط، وذكر في شُبهة العقد أن يَطَأ التي تَزوَّجها بغير شهود، أو بغير إذنِ مولاها وهي أَمَةٌ، أو وَطِئ العبدُ مَنْ تزوَّجها بغير إذن مولاه. فتح القدير.

(٤) وذلك عند قوله: «زمن تزوَّجَ امرأةً لا يحلُّ له نكاحُها فوطئها لا يُحدُّ عند أبي حنيفة»، انظر ص (٤٣٨).

وَمَنْ طَلَّق امرأتَهُ ثلاثاً ثُمَّ وَطِئها في العِدَّةِ، وقال: «عَلِمتُ أنَّها عَلَيَّ حَرامٌ» حُدَّ. ولَوْ قال لها: «أنتِ خَلِيَّةٌ»، أو «بَرِيَّةٌ»، أو «أمرُكِ بِيَدِكِ»، فاختارَتْ نَفْسَها، ثُمَّ وَطِئَها في العِدَّةِ وقال: «عَلِمْتُ أنَّها علَيَّ حرامٌ» لَمْ يُحَدَّ. ....

إذا عرفنا هذا[١]: **(ومَنْ طَلَّق امرأتَهُ ثلاثاً ثُمَّ وَطِئها في العِدَّةِ وقال: «عَلِمتُ أنَّها عَلَيَّ حَرامٌ» حُدَّ)**؛ لِزوالِ المِلكِ المُحلِّلِ من كلِّ وجهٍ، فتكون الشُّبهةُ مُنتفيةً، وقد نطَقَ الكتابُ بانتفاء الحِلِّ، وعلى ذلك الإجماعُ، ولا يُعتَبَرُ قولُ المُخالِفِ فيه[٢]؛ لأنَّه خلافٌ لا اختلافٌ[٣].

ولو قال: «ظننتُ أنَّها تَحِلُّ لي» لا يُحدُّ؛ لأنَّ الظَّنَّ في مَوضِعه؛ لأنَّ أثَرَ المِلكِ قائمٌ في حقِّ النَّسبِ والحَبسِ والنَّفقةِ، فاعتُبِر ظنُّه في إسقاطِ الحدِّ.

وأمُّ الولدِ إذا أعتقَها مولاها، والمُختَلِعةُ، والمُطلَّقةُ على مالٍ بمنزلةِ المُطلَّقةِ الثَّلاثِ؛ لِثُبوتِ الحرمةِ بالإجماعِ وقيامِ بعضِ الآثارِ في العدَّة[٤].

(ولَوْ قال لها: «أنتِ خَلِيَّةٌ، أو بَرِيَّةٌ، أو أمرُكِ بِيَدِكِ» فاختارَتْ نَفْسَها، ثُمَّ وَطِئَها في العِدَّةِ وقال: «عَلِمْتُ أنَّها علَيَّ حرامٌ» لَمْ يُحَدَّ)؛ لاختلافِ الصَّحابةِ رضي الله عنهم فيه؛ فمِنْ مذهبِ عُمرَ أنَّها تطليقةٌ رجعيَّةٌ[٥]، وكذا الجوابُ في سائر الكنايات،

(١) أي: هذا الذي ذكرنا من بيان نوعي الشُّبهة، نذكر ما تعلَّق بهما من المسائل فنقول: ... بناية.

(٢) يريد به قولَ الزَّيديَّة والإماميَّة، فإنَّ الزَّيديَّةَ تقول: إذا طلَّقها ثلاثاً جملةً لا يقع إلا واحدة، والإماميَّةُ تقول: إنَّه لا يقع شيءٌ أصلاً؛ لكونه خلافَ السُّنَّة. عناية.

(٣) والفرقُ بينهما كما ذكره حميد الدِّين الضَّرير رحمه الله: الاختلافُ أن يكون الطَّريق مختلفاً والمَقصِد واحداً، والخلافُ أن يكون كلاهما مختلفاً. بناية.

(٤) أي: بعضُ آثارِ الملكِ، مثلُ: وجوبِ النَّفقةِ، ومنعِها من الخروجِ. بناية.

(٥) أخرج عبد الرزاق في الطلاق، باب: الخيار (١١٩٧٥)، والطبراني في الكبير (٩/ ٣٣٣) (٩٦٧٦) عن إبراهيم النخعيِّ في الرَّجل يُخيِّرُ امرأتَهُ قال: إنِ اختارتْ نَفْسَها فهي واحدةٌ بائنةٌ، وإن اختارتْ زوجَها فهي واحدةٌ وهو أحقُّ بها، قال: وقال عمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود: إن اختارتْ نفسَها فهي واحدة، وإنِ اختارتْ زوجَها فلا شيءَ.

ولا حَدَّ على مَنْ وَطِئَ جاريةَ وَلَدِهِ وَوَلَدِ وَلَدِهِ، وإنْ قال: «عَلِمْتُ أنَّها عَلَيَّ حرامٌ»، ويَثْبُتُ النَّسَبُ منه، وعَلَيهِ قِيمَةُ الجارِيَةِ. وإذا وَطِئَ جاريةَ أبيهِ أو أمِّهِ أو زَوْجتِهِ وقال: «ظَنَنْتُ أنَّها تَحِلُّ لي»، فلا حَدَّ عليهِ ولا عَلَى قاذِفِهِ، وإنْ قال: «عَلِمتُ أنَّها عليَّ حرامٌ» حُدَّ، وكذا العَبدُ إذا وَطِئَ جارِيَةَ مَولاهُ. ....

وكذا إذا نوى ثلاثاً[١] لقيام الاختلافِ مع ذلك[٢].

(ولا حَدَّ على مَنْ وَطِئَ جاريةَ وَلَدِهِ وَوَلَدِ وَلَدِهِ، وإنْ قال: «عَلِمْتُ أنَّها عَلَيَّ حرامٌ»)؛ لأنَّ الشُّبهةَ حكميَّةٌ؛ لأنَّها نشأت عن دليلٍ وهو قولُه ﷺ: «أنتَ ومالُكَ لأبيك[٣]» والأبوَّةُ قائمةٌ في حقِّ الجَدِّ. قال: (ويَثْبُتُ النَّسَبُ منه، وعَلَيهِ قِيمَةُ الجارِيَةِ)، وقد ذكرناه[٤].

(وإذا وَطِئَ جاريةَ أبيهِ أو أمِّهِ أو زَوْجتِهِ وقال: «ظَنَنْتُ أنَّها تَحِلُّ لي»، فلا حَدَّ عليهِ ولا عَلَى قاذِفِهِ. وإنْ قال: «عَلِمتُ أنَّها عليَّ حرامٌ» حُدَّ، وكذا العَبدُ إذا وَطِئَ جارِيَةَ مَولاهُ)؛ لأنَّ بينَ هؤلاءِ انبساطاً في الانتفاع، فظَنُّه في الاستمتاع مُحْتَمَلٌ فكان شُبهةَ اشتباهٍ، إلَّا أنَّه زناً حقيقةً فلا يُحدُّ قاذِفُه، وكذا إذا قالت الجاريةُ: «ظننتُ أنَّه يَحِلُّ لي» والفَحلُ لم يَدَّعِ، في الظَّاهر[٥]؛ لأنَّ الفعلَ واحدٌ[٦].

---

(١) أي: كذلك الحكمُ إذا نوى من ألفاظ الكناية ثلاثاً ثمَّ وَطِئها في العِدَّة لا يُحدُّ، وإن قال: علمتُ أنَّها عليَّ حرامٌ. عناية.

(٢) أي: لأنَّ اختلافَ الصَّحابةِ لا يرتفعُ بنيَّةِ الثَّلاثِ، فكانت الشُّبهةُ قائمةً فلا يَجبُ الحدُّ. عناية.

(٣) أخرج الطبراني في الأوسط - واللفظ له - (٧/ ١٩) (٦٧٢٨)، وفي الكبير (٧/ ٢٣٠) (٦٩٧٧)، وابن ماجه في التجارات، باب: ماللرجل من مال ولده (٢٢٩١) عن محمد بن المنكدر عن جابرٍ أنَّ رجلاً قال: يا رسول الله إنَّ لي مالاً وولداً، وإنَّ أبي يريدُ أن يَجتاحَ مالي، فقال: «أنتَ ومالُكَ لأبيك».

(٤) أي: في باب نكاح الرَّقيق.

(٥) يتعلَّق بقوله: «وكذا» أي: لا حَدَّ على العبد في ظاهر الرِّواية.

(٦) أي: لأنَّ فعلَهما واحدٌ، فإذا سقط الحدُّ عنها سقط عنه؛ لأنَّ ثُبوتَ الشُّبهةِ في أحدِ الجانبين يكفي لإسقاط الحدِّ عن الآخر.

وإنْ وَطِئَ جارِيَةَ أخيهِ أو عَمِّهِ وقال: «ظَنَنْتُ أنَّها تَحِلُّ لي» حُدَّ، ومَنْ زُفَّتْ إليه غَيْرُ امرأتِهِ وقالتِ النِّساءُ: «إنَّها زَوجَتُكَ» فَوَطِئَها، لا حَدَّ عليه، وعليه المَهرُ. ومَنْ وَجَدَ امرأةً على فِراشِهِ فَوَطِئَها، فَعَلَيهِ الحَدُّ. ومَنْ تَزَوَّجَ امرأةً لا يَحِلُّ لَهُ نِكاحُها فَوَطِئَها، لا يَجِبُ عليه الحَدُّ عِندَ أبي حنيفة. ....

(وإنْ وَطِئَ جارِيَةَ أخيهِ أو عَمِّهِ وقال: «ظَنَنْتُ أنَّها تَحِلُّ لي» حُدَّ)؛ لأنَّه لا انبِساطَ في المالِ فيما بينهما، وكذا سائر المحارمِ سوى الوِلاد لِما بيَّنَّا.

(ومَنْ زُفَّتْ إليه غَيْرُ امرأتِهِ وقالتِ النِّساءُ: «إنَّها زَوجَتُكَ» فَوَطِئَها، لا حَدَّ عليه، وعليه المَهرُ)، قضى بذلك عليٌّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ[1] وبالعِدَّة، ولأنَّه اعتمَدَ دليلاً - وهو الإخبارُ - في موضعِ الاشتباهِ، إذِ الإنسانُ لا يُميِّزُ بين امرأتِهِ وبينَ غيرِها في أوَّل الوَهْلةِ فصار كالمغرور، ولا يُحدُّ قاذِفُه إلَّا في رواية عن أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ؛ لأنَّ المِلكَ مُنعدِم حقيقةً.

(ومَنْ وَجَدَ امرأةً على فِراشِهِ فَوَطِئَها، فَعَلَيهِ الحَدُّ)؛ لأنَّه لا اشتباهَ بعدَ طولِ الصُّحبةِ، فلم يكن الظَّنُّ مستنداً إلى دليل، وهذا لأنَّه قد ينامُ على فراشِها غيرُها من المحارمِ التي في بيتها، وكذا إذا كان أعمى؛ لأنَّه يُمكِنُه التَّمييزُ بالسُّؤالِ وغيرِهِ، إلَّا إنْ كان دَعاها فأجابَتْه أجنبيَّةٌ وقالت: «أنا زوجتُكَ» فواقَعَها؛ لأنَّ الإخبارَ دليلٌ[2].

(ومَنْ تَزَوَّجَ امرأةً لا يَحِلُّ لَهُ نِكاحُها فَوَطِئَها، لا يَجِبُ عليه الحَدُّ عِندَ أبي حنيفة)، ولكن يُوجَع عقوبةً إذا كان عَلِم بذلك.

وقال أبو يوسف ومحمد والشَّافعيُّ: عليه الحدُّ إذا كان عالماً بذلك؛ لأنَّه عَقدٌ لم يُصادِفُ محلَّه، فَيلغُو كما إذا أضيفَ إلى الذُّكور، وهذا لأنَّ محلَّ التَّصرُّف ما يكون محَلاً لِحُكمِه، وحُكمُه الحِلُّ، وهي من المُحرَّمات.

(١) قال الزيلعي (٣/ ٣٣٩): غريبٌ جدّاً.

(٢) أمَّا إذا أجابت بالفعل ولم تقل ذلك، فواقَعَها، وجب عليه الحدُّ، كذا في الإيضاح. عناية.

وَمَنْ وَطِئَ أجنَبِيَّةً فِيما دُونَ الفَرْجِ يُعَزَّرُ. ومَنْ أتى امرأةً في المَوضِعِ المَكْرُوهِ، أو عَمِلَ عَمَلَ قَومِ لُوطٍ، فَلا حَدَّ عليهِ عندَ أبي حنيفة ويُعَزَّرُ، وزادَ في الجامعِ الصَّغيرِ: «ويُودَعُ في السِّجنِ»، وقالا: هو كالزِّنا فَيُحَدُّ. ....

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّ العقدَ صادفَ محلَّه؛ لأنَّ محلَّ التَّصرُّف ما يَقبلُ مَقصودَهُ، والأنثى من بنات آدَمَ قابِلَةٌ للتَّوالُد، وهو المقصود، وكان ينبغي أن يَنعقِدَ في جميع الأحكام، إلَّا أنَّه تقاعَدَ عن إفادةِ حقيقةِ الحِلِّ، فَيُورِث الشُّبهةَ؛ لأنَّ الشُّبهةَ ما يُشبِه الثَّابتَ، لا نفس الثَّابت، إلَّا أنَّه ارتكَبَ جريمةً وليس فيها حَدٌّ مقدَّر، فيُعزَّر.

(وَمَنْ وَطِئَ أجنَبِيَّةً فِيما دُونَ الفَرْجِ[1] يُعَزَّرُ)؛ لأنَّه مُنكَرٌ ليس فيه شيءٌ مُقدَّرٌ.

(وَمَنْ أتى امرأةً في المَوضِعِ المَكْرُوهِ، أو عَمِلَ عَمَلَ قَومِ لُوطٍ، فَلا حَدَّ عليهِ عندَ أبي حنيفة ويُعَزَّرُ، وزادَ في الجامعِ الصَّغيرِ: «ويُودَعُ في السِّجنِ»، وقالا: هو كالزِّنا فَيُحَدُّ)، وهو أحَدُ قولي الشَّافعيِّ[2]، وقال في قول: يُقتلان بِكلِّ حالٍ؛ لقوله ﷺ: «اقتلوا الفاعلَ والمَفعولَ[3]»، ويُروى «فارْجُمُوا الأعلى والأسفَلَ[4]».

---

(١) أي: في غيرِ السَّبيلينِ، كالتَّفخيذ والتَّبطين ونحوهما.

(٢) قال النووي في الروضة (٧/ ٣١٠) الكتب العلمية: إيلاجُ الفرجِ في الفرجِ، يدخُلُ فيه اللِّواطُ، وهو من الفواحش الكبائر، فإن لاطَ بذكرٍ، ففي عقوبةِ الفاعل قولان:
- أظهرهما: أنَّ حدَّه حدُّ الزِّنى، فَيُرجَم إن كان مُحصَناً، ويُجلَدُ ويُغرَّبُ إن لم يكن مُحصَناً.
- والثاني: يُقتَلُ مُحصَناً كان أو غيره، وفي كيفيَّةِ قتلِهِ أوجه، أحدها: بالسَّيفِ كالمرتدِّ، والثاني: يُرجَم تغليظاً عليه، والثالث: يُهدَم عليه جدارٌ، أو يرمى من شاهقٍ حتَّى يموت أخذاً من عذاب قوم لوط ﷺ، قلت: أصحُّها بالسَّيف. والله أعلم. اهـ.

(٣) أخرج الترمذي في الحدود، باب: حد اللوطي (١٤٥٦)، وأبو داود في الحدود، باب: فيمن عمل عمل قوم لوط (٤٤٦٢)، وابن ماجه في الحدود، باب: من عمل عمل قوم لوط (٢٥٦١) عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «مَن وَجدتُّموه يَعمَلُ عملَ قومِ لُوطٍ فاقتلوا الفاعلَ والمَفعولَ به».

(٤) أخرج ابن ماجه في الحدود، باب: من عمل عمل قوم لوط (٢٥٦٢) عن أبي هريرة عن النبي ﷺ في الذي يَعمَلُ عملَ قومِ لوطٍ، قال: «ارجموا الأعلى والأسفل، ارجُموهما جميعاً».

وَمَنْ وَطِئَ بَهِيمَةً لا حَدَّ عَلَيهِ. وَمَنْ زَنَى في دارِ الحَرْبِ، أو في دارِ البَغْيِ، ثُمَّ خَرَجَ إلينا لا يُقامُ عليهِ الحَدُّ. ....

ولهما: أنَّه في معنى الزِّنا؛ لأنَّه قضاءُ الشَّهوةِ في محَلٍّ مُشتَهًى على سبيلِ الكمالِ على وجهٍ تمَحَضَ حراماً لِقَصدِ سَفْحِ الماءِ.

وله: أنَّه ليس بزناً؛ لاختلافِ الصَّحابة رضي الله عنهم في مُوجَبِهِ من الإحراقِ بالنَّارِ وهَدْمِ الجدارِ والتَّنكيسِ من مكانٍ مُرتفعٍ باتِّباعِ الأحجارِ وغيرِ ذلك، ولا هو في معنى الزِّنا؛ لأنَّه ليس فيه إضاعةَ الولدِ واشتباهَ الأنسابِ، وكذا هو أنْدَرُ وُقوعاً لانعِدامِ الدَّاعي من أحدِ الجانبِيَنِ، والدَّاعي إلى الزِّنا من الجانبين.

وما رواه محمولٌ على السِّياسة، أو على المُستَحِلِّ، إلَّا أنَّه يُعزَّر عنده لِما بيَّنَّاه[1].

(وَمَنْ وَطِئَ بَهِيمَةً لا حَدَّ عَلَيهِ)؛ لأنَّه ليس في معنى الزِّنا في كَونِه جِنايةً، وفي وُجودِ الدَّاعي؛ لأنَّ الطَّبعَ السَّليمَ يَنفِرُ عنه، والحامِلُ عليه نِهايةُ السَّفَهِ، أو فَرْطُ الشَّبَقِ، ولهذا لا يَجِبُ سَتْرُهُ إلَّا أنَّهُ يُعزَّرُ لِما بيَّنَّاه، والذي يُروَى أنَّه تُذبَحُ البهيمةُ وتُحرَقُ[2] فَذلِكَ لِقَطعِ التَّحدُّث به، وليس بواجبٍ[3].

(وَمَنْ زَنَى في دارِ الحَرْبِ، أو في دارِ البَغْيِ، ثُمَّ خَرَجَ إلينا لا يُقامُ عليهِ الحَدُّ).

---

(١) من أنَّه ارتكَبَ جريمةً وليس فيه حدٌّ مقدَّر.

(٢) قال الزيلعي (٣/ ٣٤٣): غريب بهذا اللفظ. أخرج الترمذي في الحدود، باب: ما جاء فيمن يقع على البهيمة (١٤٥٥)، وأبو داود في الحدود، باب: فيمن أتى بهيمة (٤٤٦٤) عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «مَن وجدتُّموه وَقَع على بهيمةٍ فاقتُلُوه واقتُلُوا البهيمةَ»، فقيل لابن عباس: ما شأنُ البهيمة؟ قال: ما سمعتُ من رسول الله ﷺ في ذلك شيئاً، ولكن أرى أنَّ رسولَ اللهِ كَرِهَ أن يُؤكَلَ من لَحمِها أو يُنتَفَعَ بها وقد عُمِل بها ذلك العمل.

(٣) وإذا ذُبِحَت وهي ممَّا لا تُؤكَلُ ضَمِنَ قيمَتَها إن كان مالِكُها غيرَهُ؛ لأنَّها ذُبِحَت لأجلِهِ، وإن كانت مِمَّا تؤكَلُ أُكِلت وضَمِنَ عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف لا تؤكل. فتح.

وَلَو غَزا مَنْ لَهُ وِلايَةُ الإِقامَةِ بِنَفسِهِ كالخَليفَةِ وأميرِ مِصْرٍ، يُقِيمُ الحَدَّ على مَنْ زَنى في مُعَسْكَرِهِ. وإذا دَخَلَ حَرْبِيٌّ دارَنا بِأمانٍ فَزَنى بِذِمِّيَّةٍ، أو زَنى ذِمِّيٌّ بِحَربِيَّةٍ، يُحَدُّ الذِّمِّيُّ والذِّمِّيَّةُ عند أبي حنيفة، ولا يُحَدُّ الحَربِيُّ والحَربِيَّةُ، وهو قولُ محمَّد في الذِّمِّيِّ، وقال أبو يوسف: يُحُدُّونَ كُلُّهم. ....

وعندَ الشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ[1]: يُحدُّ؛ لأنَّه التزَم بإسلامِهِ أحكامَهُ أينما كان مُقامَه.

ولنا: قولُه ﷺ: «لا تُقام الحدودُ في دار الحرب[2]»، ولأنَّ المقصودَ هو الانزجارُ، وولايةُ الإمامِ مُنقطِعةٌ فيهما، فَيَعْرى الوجوبُ عن الفائدةِ، ولا تُقامُ بعد ما خَرَج لأنَّها لم تَنعقِدْ مُوجِبةً فلا تَنقلِبُ مُوجِبةً.

(ولَو غَزا مَنْ لَهُ وِلايَةُ الإقامَةِ بِنَفسِهِ كالخَليفَةِ وأميرِ مِصْرٍ، يُقِيمُ الحَدَّ على مَنْ زَنى في مُعَسْكَرِهِ)؛ لأنَّه تحتَ يدِهِ، بخلاف أميرِ العسكرِ والسَّرِيَّة؛ لأنَّه لم تُفوَّض إليهما الإقامةُ.

(وإذا دَخَلَ حَرْبِيٌّ دارَنا بِأمانٍ فَزَنَى بِذِمِّيَّةٍ، أو زَنَى ذِمِّيٌّ بِحَربِيَّةٍ، يُحَدُّ الذِّمِّيُّ والذِّمِّيَّةُ عند أبي حنيفة، ولا يُحَدُّ الحَربِيُّ والحَربِيَّةُ، وهو قولُ محمَّد في الذِّمِّيِّ)، يعني: إذا زنى بحربِيَّةٍ، فأمَّا إذا زنى الحربيُّ بذمِّيَّةٍ لا يُحدَّان عند محمَّد رَحِمَهُ اللَّهُ، وهو قولُ أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ أوَّلاً (وقال أبو يوسف: يُحُدُّونَ كُلُّهم). وهو قولُهُ الآخِر.

---

(١) قال النووي في الروضة (٧/ ٣١٢): ولو زنى في دار الحرب، وَجَب عليه الحَدُّ، والمشهورُ أنَّ للإمام أن يقيمه هناك إن لم يخف فتنةً، وفي قول: لا يقيمه هناك.

(٢) قال الزيلعي (٣/ ٣٤٣): غريب، وأخرج البيهقي عن الشَّافعيِّ قال: قال أبو يوسف: حدَّثنا بعضُ أشياخنا عن مكحولٍ عن زيدِ بن ثابت، قال: لا تُقامُ الحدودُ في دار الحربِ؛ مَخافةَ أن يَلحَقَ أهلُها بالعدوِّ. قال: وحدَّثنا بعضُ أصحابنا عن ثَورِ بن يَزيد عن حكيم بن عُمَير أنَّ عمرَ بن الخطاب كتَبَ إلى عُمَير بن سعدِ الأنصاري، وإلى عُمَّالِهِ أن لا يُقيموا حدّاً على أحدٍ من المسلمين في أرضِ الحَربِ، حتَّى يَخرُجُوا إلى أرضِ المُصالَحة.
قال الشافعي: ومَن هذا الشَّيخ؟ ومكحولٌ لم يَرَ زيدَ بن ثابت. اهـ انظر تتمَّته.

لأبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّ المُستأمِنَ التَزَم أحكامَنا مُدَّةَ مُقامِهِ في دارنا في المعاملات، كما أنَّ الذِّمِّيَّ التَزَمَها مدَّةَ عُمرِهِ، ولهذا يُحدُّ حَدَّ القذفِ ويُقتَل قِصاصاً، بخلاف حدِّ الشُّرب لأنَّه يَعتقِدُ إباحَتَه.

ولهما: أنَّه ما دَخَل للقَرارِ بل لحاجةٍ كالتِّجارة ونحوِها، فلم يَصِرْ من أهل دارِنا، ولهذا يُمَكَّنُ من الرُّجوعِ إلى دارِ الحربِ، ولا يُقتَلُ المسلمُ ولا الذِّمِّيُّ به، وإنَّما التزَم من الحُكمِ ما يَرجِعُ إلى تحصيلِ مَقصودِهِ، وهو حقوقُ العبادِ؛ لأنَّه لمَّا طَمِعَ في الإنصافِ[١] يَلتَزِمُ الانتصافَ[٢]، والقصاصُ وحَدُّ القذفِ من حُقوقِهِم[٣]، أمَّا حَدُّ الزِّنا فَمَحضُ حقِّ الشَّرع.

ولمحمَّد رَحِمَهُ اللَّهُ - وهو الفرق[٤] -: أنَّ الأصلَ في بابِ الزِّنا فِعلُ الرَّجلِ والمرأةُ تابِعةٌ له على ما نَذكُرُه إن شاء الله تعالى[٥]. فامتناعُ الحدِّ في حقِّ الأصلِ يُوجِبُ امتناعَهُ في حقِّ التَّبَعِ، أمَّا الامتناعُ في حقِّ التَّبَعِ لا يُوجِبُ الامتناعَ في حقِّ الأصل. نظيرُهُ إذا زنى البالغُ بصبيَّةٍ أو مجنونةٍ، وتمكينُ البالغةِ من الصَّبيِّ والمَجنونِ.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ فيه: أنَّ فِعلَ الحربيِّ المُستأمَن زِناً؛ لأنَّه مُخاطَب بالحُرُمات على ما هو الصَّحيح، وإنْ لم يكن مُخاطَباً بالشَّرائع على أصلِنا، والتَّمكينُ من فِعْلٍ هو زناً مُوجِبٌ للحدِّ عليها، بخلاف الصَّبيِّ والمجنونِ لأنَّهما لا يُخاطَبان.

ونَظيرُ هذا الاختلافِ إذا زنى المُكرَهُ بالمُطاوِعَةِ تُحدُّ المُطاوِعةُ عندَهُ، وعند محمد رحمةُ الله تعالى عليه لا تُحدُّ.

---

(١) أي: العَدلُ لأجلِهِ على غيره.

(٢) أي: العَدلُ لِغَيرِهِ عليه؛ لأنَّ الغُرْمَ بإزاء الغُنْم. عناية.

(٣) أي: من حقوقِ العبادِ، فكان داخلاً في الانتصافِ.

(٤) يعين: الفرقَ بين المسلمِ أو الذِّمِّيِّ إذا زنى بِمُستأمِنةٍ، حيثُ يجبُ الحدُّ عنده على الفاعلِ، وبينَ المُسلمةِ أو الذِّمِّيَّةِ إذا زنت بِمُستأمِنٍ، حيثُ لا يجبُ الحدُّ عنده عليهما. فتح.

(٥) أي: في مسألة «زنى صحيحٌ بمجنونةٍ». بناية.

وإذا زَنَى الصَّبيُّ أو المَجنونُ بِامرَأةٍ طاوَعَتْهُ، فَلا حَدَّ عَلَيهِ ولا عَلَيها. وإنْ زَنَى صَحِيحٌ بِمَجنُونَةٍ أو صَغِيرَةٍ يُجامَعُ مِثلُها حُدَّ الرَّجُلُ خاصَّةً. ومَنْ أكرَهَهُ السُّلطانُ حتَّى زَنَى فَلا حَدَّ عليه، ....

قال: (وإذا زَنَى الصَّبيُّ أو المَجنونُ بِامرَأةٍ طاوَعَتْهُ، فَلا حَدَّ عَلَيهِ ولا عَلَيها).

وقال زفر والشَّافعيُّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: يَجب الحدُّ عليها، وهو روايةٌ عن أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه

(وإنْ زَنَى صَحِيحٌ بِمَجنُونَةٍ أو صَغِيرَةٍ يُجامَعُ مِثلُها حُدَّ الرَّجُلُ خاصَّةً)، وهذا بالإجماع.

لهما: أنَّ العُذرَ من جانِبِها لا يُوجِبُ سُقوطَ الحَدِّ من جانبِهِ، فكذا العُذْرُ من جانبِهِ، وهذا لأنَّ كُلاً منهما مُؤاخَذٌ بفعله.

ولنا: أنَّ فِعلَ الزِّنا يَتحقَّق منه، وإنَّما هي محَلُّ الفِعل، ولهذا يُسمَّى هو واطئاً وزانياً والمرأةُ موطوءةً ومَزنيّاً بها، إلَّا أنَّها سُمِّيت زانيةً مجازاً تسميةً للمفعول باسم الفاعل كالرَّاضية في معنى المَرضيَّة، أو لكونها مسبِّبةً بالتَّمكين، فتعلَّق الحدُّ في حقِّها بالتَّمكينِ من قَبيحِ الزِّنا، وهو فِعلُ مَنْ هو مخاطَبٌ بالكفِّ عنه ومُؤثِمٌ على مباشرته، وفعلُ الصَّبيِّ ليس بهذه الصِّفة[1]، فلا يُناطُ به الحَدُّ.

قال: (ومَنْ أكرَهَهُ السُّلطانُ حتَّى زَنَى فَلا حَدَّ عليه)، وكان أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ يقول أوَّلاً: يُحدُّ، وهو قولُ زفر؛ لأنَّ الزِّنا مِنَ الرَّجلِ لا يُتصوَّر إلَّا بعد انتشارِ الآلةِ، وذلك دليلُ الطَّواعية. ثمَّ رجع عنه فقال: لا حَدَّ عليه؛ لأنَّ سببَه المُلجِئَ قائمٌ ظاهراً، والانتشارُ دليلٌ مُتردِّدٌ لأنَّه قد يكونُ عن غيرِ قَصْدٍ؛ لأنَّ الانتشارَ قد يكون طَبْعاً لا طَوْعاً، كما في النَّائم، [فلا يزولُ اليقينُ بالمحتمل][2] فأورث شُبهةً.

---

(١) أي: الصبيُّ غيرُ مخاطَبٍ بالكفِّ، وفعلُهُ غيرُ مؤثِمٍ.

(٢) زيادة من (د).

وإنْ أكرَهَه غيرُ السُّلطانِ حُدَّ عندَ أبي حنيفة، وقالا: لا يُحدُّ. ومَنْ أقَرَّ أربَعَ مَرَّاتٍ في مَجالِسَ مُختَلِفَةٍ أنَّه زَنَى بِفُلانَةٍ، وقالت هي: «تَزَوَّجَني»، أو أقرَّت بالزِّنا وقال الرَّجلُ: «تزَوَّجتُها» فلا حَدَّ عليهما، وعليه المَهرُ في ذلكَ. ومَنْ زَنَى بِجاريَةٍ فقَتَلَها، فإنَّهُ يُحَدُّ وعَلَيهِ القِيمَةُ.

(وإنْ أكرَهَه غيرُ السُّلطانِ حُدَّ عندَ أبي حنيفة، وقالا: لا يُحدُّ)؛ لأنَّ الإكراه عندهما قد يتحقَّقُ من غير السُّلطان؛ لأنَّ المُؤثِّر خوفُ الهلاكِ، وأنَّه يتحقَّقُ من غيره.

وله: أنَّ الإكراهَ من غيرِهِ لا يدومُ إلَّا نادراً؛ لِتمكُّنه من الاستعانةِ بالسُّلطانِ أو بجماعةِ المسلمين، ويُمكِنُه دَفعُهُ بنفسِهِ بالسِّلاح، والنَّادرُ لا حُكمَ له، فلا يَسقطُ به الحَدُّ، بخلافِ السُّلطانِ؛ لأنَّه لا يُمكِنُه الاستعانةُ بغيرِهِ ولا الخروجُ بالسِّلاحِ عليه، فافترقا.

[قالوا: هذا اختلافُ عصرٍ وزمانٍ، لأنَّه لم يكن في زمنِهِ لغير الوالي من القوَّةِ ما لا يُمكنُ دَفعُها، وفي زمانهما ظهرت القوَّةُ لكلِّ متغلِّبٍ، وزماننا كذلك، فصلُح شبهةً لإسقاطِ الحقِّ بغير الخروج][1].

(ومَنْ أقَرَّ أربَعَ مَرَّاتٍ في مَجالِسَ مُختَلِفَةٍ أنَّه زَنَى بِفُلانَةٍ، وقالت هي: «تزَوَّجَني»، أو أقرَّت بالزِّنا وقال الرَّجلُ: «تزَوَّجتُها» فلا حَدَّ عليهما، وعليه المَهرُ في ذلكَ)؛ لأنَّ دعوى النِّكاحِ تَحتمِلُ الصِّدقَ، وهو يقومُ بالطَّرفين فأورَثَ شُبهةً، وإذا سقَطَ الحدُّ وَجَبَ المهرُ تعظيماً لخَطَرِ البُضْعِ.

(ومَنْ زَنَى بِجاريَةٍ فقَتَلَها، فإنَّهُ يُحَدُّ وعَلَيهِ القِيمَةُ[2])، معناه: قَتَلَها بفعلِ الزِّنا؛

---

(١) زيادة من (ج)، وفي (د) قريب منها.

(٢) إنَّما وَضَعَ المسألةَ في الجاريةِ وإن كان هذا الحُكمُ - وهو وجوبُ الحدِّ مع الضَّمان - لا يتفاوتُ بين الحرَّةِ والجارية، فإنَّه لو فعَلَ ذلك مع الحرَّةِ وَجَبَ عليه الحَدُّ والدِّيةُ على العاقلةِ؛ لما أنَّ شُبهَةَ عدمِ وُجوبِ الحَدِّ عندَ أداءِ الضَّمانِ إنَّما تَرِدُ في حقِّ الجاريةِ لا في حقِّ الحرَّةِ، لأنَّ الأمة تَصلُحُ أن تكونَ مِلكاً للزَّاني عند أداءِ الضَّمانِ بِشُبهةِ أنْ لا يَجتمِعَ البَدَلانِ في ملكِ شخصٍ واحدٍ، كما إذا زنى بها فأذهَبَ عينَها، وهو وجهُ قولِ أبي يوسف في هذه المسألة. عناية.

وكُلُّ شَيءٍ صَنَعَهُ الإمامُ الذي ليسَ فَوْقَهُ إمامٌ، فلا حَدَّ عليه إلَّا القِصاصَ، فإنَّهُ يُؤخَذُ بِهِ وبالأموالِ.

لأنَّه جَنَى جِنايَتَين، فَيُوفَّر على كلِّ واحدٍ منهما حُكمَه.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّه لا يُحدُّ؛ لأنَّ تقرُّرَ ضمانِ القيمةِ سببٌ لِملك الأمةِ، فصارَ كما إذا اشتراها بعد ما زَنَى بها، وهو[1] على هذا الاختلافِ، واعتراضُ سببِ المِلكِ قبلَ إقامةِ الحدِّ يُوجِبُ سُقوطَهُ، كما إذا مَلَكَ المسروقَ قبلَ القطعِ.

ولهما: أنَّه ضمانُ قَتلٍ فلا يُوجِبُ المِلكَ؛ لأنَّه ضمانُ دمٍ، ولو كان يُوجِبُهُ فإنَّما يُوجِبُهُ في العينِ كما في هِبةِ المَسروقِ، لا في مَنافعِ البُضعِ؛ لأَنَّها استُوفِيَت، والمِلكُ يَثبُتُ مُستنِداً[2] فلا يَظهَرُ في المُستوفَى لكونها معدومةً.

وهذا بخلافِ ما إذا زَنَى بها فأذهَبَ عَيْنَها، حيثُ تَجِبُ عليه قِيمتُها، ويَسقطُ الحدُّ؛ لأنَّ المِلكَ هنالك يَثبُتُ في الجُثَّةِ العمياءِ، وهي عَينٌ، فأورث شُبهةً.

قال: (وكُلُّ شَيءٍ صَنَعَهُ الإمامُ الذي ليسَ فَوْقَهُ إمامٌ، فلا حَدَّ عليه إلَّا القِصاصَ، فإنَّهُ يُؤخَذُ بِهِ وبالأموالِ)؛ لأنَّ الحدودَ حقُّ الله تعالى، وإقامتَها إليه لا إلى غيره، ولا يُمكِنُه أن يُقيمَ على نفسِهِ لأنَّه لا يُفيد، بخلافِ حقوقِ العباد؛ لأنَّه يَستوفيه وليُّ الحقِّ، إمَّا بتمكينه أو بالاستعانةِ بمَنَعَةِ المسلمين، والقِصاصُ والأموالُ منها.

وأمَّا حدُّ القذفِ قالوا: المُغلَّبُ فيه حقُّ الشَّرع، فحكمُهُ حكمُ سائرِ الحدودِ التي هي حقُّ الله تعالى، والله تعالى أعلم بالصَّواب.

---

(١) أي: شراءُ الجاريةِ بعد الزِّنا بها قبلَ إقامةِ الحدِّ على هذا الاختلاف، عند أبي حنيفةَ ومحمد يُحَدُّ، خلافاً لأبي يوسف، فكان ردَّ المُختلَفِ إلى المُختَلَفِ. عناية.

(٢) أي: والاستنادُ إنَّما يَظهَرُ في القائم دونَ الفائتِ، ومنافعُ البُضعِ التي استُوفِيَتْ فائتةٌ، وليس مَحلُّها - وهو العينُ - قائماً لِيُثبِتَ شُبهَةَ قيامِ المنافعِ، فَتثبُتُ شبهةُ مِلكِها، فلم يَظهَرِ المِلكُ فيها ولا شُبهَتُهُ، فلم يكن كالمسروق. فتح.

باب الشَّهادة على الزِّنا والرُّجوع عنها

وإذا شَهِدَ الشُّهودُ بِحَدٍّ مُتَقادِمٍ لَمْ يَمْنَعْهُم عَنْ إقامَتِهِ بُعْدُهُمْ عنِ الإمامِ، لم تُقبَلْ شَهادَتُهُم إلَّا في حَدِّ القَذْفِ خاصَّةً. وإذا شَهِدَ عليه الشُّهُودُ بِسَرِقَةٍ، أو بِشُربِ خَمْرٍ، أو بِزِناً بعدَ حِينٍ، لَمْ يُؤخَذْ بِهِ، وضَمِنَ السَّرِقَةَ. ....

(باب الشَّهادة على الزِّنا والرُّجوع عنها)

(وإذا شَهِدَ الشُّهودُ بِحَدٍّ مُتَقادِمٍ لَمْ يَمْنَعْهُم عَنْ إقامَتِهِ بُعْدُهُمْ عنِ الإمامِ، لم تُقبَلْ شَهادَتُهُم إلَّا في حَدِّ القَذْفِ خاصَّةً).

وفي الجامع الصغير: (وإذا شَهِدَ عليه الشُّهُودُ بِسَرِقَةٍ، أو بِشُربِ خَمْرٍ، أو بِزِناً بعدَ حِينٍ، لَمْ يُؤخَذْ بِهِ وضَمِنَ السَّرِقَةَ).

والأصلُ فيه: أنَّ الحدودَ الخالصةَ حقّاً لله تعالى تَبطُل بالتَّقادُم، خلافاً للشَّافعيِّ رحمه الله، هو يَعتبِرُها بِحُقوقِ العبادِ وبالإقرارِ الذي هو إحدى الحُجَّتين.

ولنا: أنَّ الشَّاهدَ مُخيَّرٌ بين حِسْبَتين[١]، أداءِ الشَّهادةِ والسَّترِ، فالتَّأخيرُ إن كان لاختيارِ السَّترِ فالإقدامُ على الأداءِ بعد ذلك لِضَغينةٍ هيَّجَتْهُ، أو لِعَداوةٍ حرَّكته فيُتَّهمُ فيها، وإن كان التَّأخيرُ لا لِلسَّتر يَصيرُ فاسقاً آثماً فتيقَّنَّا بالمانع.

بخلاف الإقرارِ؛ لأنَّ الإنسانَ لا يُعادي نفسَهُ، فحَدُّ الزِّنا وشُربِ الخمرِ والسَّرقةِ خالصُ حقِّ الله تعالى، حتَّى يَصحُّ الرُّجوعُ عنها بعد الإقرار، فيكون التَّقادُمُ فيه مانعاً، وحدُّ القَذفِ فيه حقُّ العبد لِما فيه من دَفْع العارِ عنه، ولهذا لا يصحُّ رجوعُهُ بعدَ الإقرار، والتَّقادمُ غيرُ مانعٍ في حقوقِ العباد، ولأنَّ الدَّعوى فيه[٢] شَرطٌ، فَيُحمَل تأخيرُهُم على انعدامِ الدَّعوى، فلا يُوجِب تَفسيقَهم.

---

(١) أجرين مَطلُوبين له، يقال: احتسبتُ بكذا أجراً، والاسمُ الحِسبةُ بكسر الحاء، وهي الأجرُ، والجَمعُ الحِسَب. عناية.

(٢) في حقِّ العبد.

بخلاف حدِّ السَّرِقة[1]؛ لأنَّ الدَّعوى ليست بشَرطٍ للحدِّ؛ لأنَّه خالصُ حقِّ الله تعالى على ما مَرَّ، وإنَّما شُرِطت للمالِ.

ولأنَّ[2] الحُكمَ يُدارُ على كونِ الحدِّ حقّاً لله تعالى فلا يُعتَبر وُجودُ التُّهمةِ في كلِّ فردٍ.

ولأنَّ[3] السَّرقةَ تُقام على الاستسرارِ على غِرَّة من المالك، فيجبُ على الشَّاهدِ إعلامُهُ، وبِالكِتمان يصيرُ فاسقاً آثِماً.

ثمَّ التَّقادُمُ كما يَمنَعُ قَبولَ الشَّهادةِ في الابتداءِ، يَمنَعُ الإقامةَ بعدَ القضاءِ عندنا، خلافاً لزفر، حتَّى لو هَرَب بعد ما ضُرِبَ بعضَ الحدِّ، ثمَّ أُخِذ بعد ما تقادَمَ الزَّمانُ، لا يُقامُ عليه الحدُّ؛ لأنَّ الإمضاءَ من القضاءِ في بابِ الحدودِ.

واختلفوا في حدِّ التَّقادُم، وأشار في الجامعِ الصَّغيرِ إلى ستَّةِ أشهرٍ، فإنَّه قال: «بعدَ حين»، وهكذا أشار الطَّحاويُّ، وأبو حنيفة لم يُقدِّر في ذلك وفوَّضَه إلى رأي القاضي في كلِّ عصر. وعن محمَّد أنَّه قدَّره بِشَهرٍ؛ لأنَّ ما دونه عاجلٌ، وهو روايةٌ عن أبي حنيفة وأبي يوسف، وهو الأصحُّ.

---

(١) جوابٌ عمَّا يقال: «الدَّعوى شرطٌ في السَّرقة، كما في حقوق العباد، ومع ذلك لو شَهِد الشُّهود بسرقةٍ متقادمة لم تُقبل»، فعُلِم بهذا أنَّ قَبول الشَّهادة في حقوق العباد بعد التَّقادم لم يكن لاشتراط الدَّعوى. عناية.

(٢) جوابٌ آخر، وتقريره: أنَّ المعنى المُبطِلَ للشَّهادةِ في التَّقادُم في الحدودِ الخالصةِ حقّاً لله تعالى، هو تُهمَةُ الضَّغينةِ والعَداوةِ، وذلك أمرٌ باطنٌ لا يُطَّلعُ عليه، فَيُدارُ الحكمُ على كونِ الحدِّ حقّاً لله تعالى، سواءٌ وُجِدَ ذلك المعنى في كلِّ فردٍ أو لا، كما أُديرت الرُّخصةُ على السَّفرِ من غيرِ توقُّفٍ على وُجودِ المَشقَّةِ في كلِّ فردٍ من أفراده. عناية.

(٣) جوابٌ آخر، ووَجهُهُ: أنَّ السَّرقةَ تُقامُ على الاستسرار؛ لأنَّها تُوجَدُ في ظُلَمةِ اللَّيل غالباً، وعلى غَفلةٍ من المالِكِ، فلا يكونُ المُسروقُ منه عارِفاً بالشَّهادةِ حتَّى يَستشهِدَ بالشَّاهد، فَيَجبُ على الشَّاهدِ إعلامُهُ، فإذا كتَمَهُ صارَ آثماً. عناية.

وإذا شَهِدُوا على رَجُلٍ أنّه زَنَى بِفُلانَةٍ، وفُلانَةٌ غائِبَةٌ، فإِنَّهُ يُحَدُّ. وإنْ شَهِدُوا أنّه سَرَقَ مِنْ فُلانٍ وهو غائبٌ، لم يُقطَعْ. وإنْ شَهِدُوا أنَّه زَنَى بِامرأةٍ لا يَعرِفُونَها، لَمْ يُحَدَّ، وإنْ أَقَرَّ بِذلكَ حُدَّ. وإنْ شَهِدَ اثنانِ أنَّهُ زَنَى بِفُلانَةٍ فاسْتَكْرَهَها، وآخَرانِ أنَّها طاوَعَتْهُ، دُرِئَ الحَدُّ عنهما جميعاً عند أبي حنيفة، وقالا: يُحَدُّ الرَّجُلُ خاصَّةً. ....

وهذا إذا لم يكن بين القاضي وبينهم مَسيرةُ شهرٍ، أمَّا إذا كان تُقبَلُ شهادَتُهم؛ لأنَّ المانعَ بُعدُهم عن الإمام، فلا تتحقَّقُ التُّهمةُ.

والتَّقادُمُ في حدِّ الشُّربِ كذلك عند محمد، وعندهما يُقدَّرُ بزوالِ الرَّائحةِ على ما يأتي في بابه إن شاء الله تعالى.

(وإذا شَهِدُوا على رَجُلٍ أنّه زَنَى بِفُلانَةٍ، وفُلانَةٌ غائِبَةٌ، فإِنَّهُ يُحَدُّ. وإنْ شَهِدُوا أنّه سَرَقَ مِنْ فُلانٍ وهو غائبٌ، لم يُقطَعْ)، والفَرقُ: أنَّ بالغَيبةِ تَنعدِمُ الدَّعوى، وهي شرطٌ في السَّرقةِ دونَ الزِّنا، وبالحُضُور يُتوَهَّم دَعوى الشُّبهة[1]، ولا مُعتَبَرَ بالموهوم.

(وإنْ شَهِدُوا أنَّه زَنَى بِامرأةٍ لا يَعرِفُونَها، لَمْ يُحَدَّ)؛ لاحتمالِ أنَّها امرأتُهُ أو أمتُهُ، بل هو الظَّاهر، (وإنْ أَقَرَّ بِذلكَ حُدَّ)؛ لأنَّه لا يخفى عليه أمتُهُ أو امرأتُهُ.

(وإنْ شَهِدَ اثنانِ أنَّهُ زَنَى بِفُلانَةٍ فاسْتَكْرَهَها، وآخَرانِ أنَّها طاوَعَتْهُ، دُرِئَ الحَدُّ عنهما جميعاً عند أبي حنيفة) وهو قولُ زفر، (وقالا: يُحَدُّ الرَّجُلُ خاصَّةً)؛ لاتِّفاقِهما[2] على المُوجِبِ، وتَفرُّدِ أحدهما بزيادَةِ جنايةٍ وهو الإكراه، بخلاف جانِبِها؛ لأنَّ طَواعِيَتَها شرطُ تحقُّقِ المُوجِبِ في حقِّها، ولم يَثبُتْ لاختلافهما.

---

(١) أي: وبحضور المرأة الغائبة يتوهم دعوة الشبهة بأن تقول: تزوَّجني، أو كنت أمته، ولا عبرة بالموهوم. وهذا جواب عن سؤال مقدَّر، وهو أن يقال: ينبغي أن لا يحدَّ الرَّجل، لأنَّها لو حضرت ربَّما تدَّعي النِّكاح، فتصير شبهةٌ مانعةٌ. بناية.

(٢) لاتِّفاقِ شاهدي الإكراه، وشاهدي الطَّواعيةِ.

وإنْ شَهِدَ اثنانِ أنَّهُ زَنَى بِامرأةٍ بالكوفةِ، وآخَرانِ أنَّهُ زَنَى بها بِالبَصْرَةِ، دُرِئَ الحَدُّ عنهما جَمِيعاً، وإنِ اخْتَلَفُوا في بَيتٍ واحدٍ حُدَّ الرَّجلُ والمَرأةُ. وإنْ شَهِدَ أربعةٌ أنَّهُ زَنَى بِامرأةٍ بِالنُّخَيْلَةِ عِندَ طُلُوعِ الشَّمسِ، وأربعةٌ أنَّهُ زَنَى بها عندَ طُلُوعِ الشَّمسِ بِدَيرِ هندٍ، دُرِئَ الحَدُّ عنهم جميعاً. ....

وله: أنَّه اختَلَفَ المشهودُ عليه؛ لأنَّ الزِّنا فِعلٌ واحدٌ يقومُ بهما؛ ولأنَّ شاهِدَي الطَّواعيةِ صارا قاذِفَينِ لهما[1]، وإنَّما يَسقُطُ الحدُّ عنهما بِشَهادةِ شاهِدَي الإكراهِ؛ لأنَّ زِناها مُكرَهةً يُسقِطُ إحصانَها[2] فصارا خَصمينِ في ذلك.

(وإنْ شَهِدَ اثنانِ أنَّهُ زَنَى بِامرأةٍ بالكوفةِ، وآخَرانِ أنَّهُ زَنَى بها بِالبَصْرَةِ، دُرِئَ الحَدُّ عنهما جَمِيعاً)؛ لأنَّ المشهودَ به فِعلُ الزِّنا، وقد اختَلَفَ باختلاف المكانِ، ولم يتمَّ على كلِّ واحدٍ منهما نصابُ الشَّهادة، ولا يُحَدُّ الشُّهودُ خلافاً لزفر؛ لِشُبهةِ الاتِّحادِ نظراً إلى اتِّحادِ الصُّورةِ والمرأةِ.

(وإنِ اخْتَلَفُوا في بَيتٍ واحدٍ حُدَّ الرَّجلُ والمَرأةُ)، معناه: أنْ يشهَدَ كلُّ اثنين على الزِّنا في زاويةٍ، وهذا استحسانٌ. والقياسُ أنْ لا يجبَ الحدُّ؛ لاختلاف المكانِ حقيقةً.

وجهُ الاستحسان: أنَّ التَّوفيقَ مُمكِنٌ، بأن يكونَ ابتداءُ الفعلِ في زاويةٍ والانتهاءُ في زاوية أخرى بالاضطراب، أو لأنَّ الواقع في وَسَطِ البيت فَيَحسبُه مَن في المقدَّم في المقدَّم ومَن في المؤخَّر في المؤخَّر، فيشهد بحسب ما عنده.

(وإنْ شَهِدَ أربعةٌ أنَّهُ زَنَى بِامرأةٍ بِالنُّخَيْلَةِ عِندَ طُلُوعِ الشَّمسِ، وأربعةٌ أنَّهُ زَنَى بها عندَ طُلُوعِ الشَّمسِ بِدَيرِ هندٍ[3]، دُرِئَ الحَدُّ عنهم جميعاً)، أمَّا عنهما فلأنَّا تيقَّنَّا بِكَذِبِ أحدِ الفريقين غيرِ عَينٍ، وأمَّا عنِ الشُّهود فلاحتمالِ صِدْقِ كلِّ فريقٍ.

---

(١) لعدَمِ نصابِ الشَّهادةِ، والقاذفُ خصمٌ، ولا شهادةَ للخصم.

(٢) لوجودِ حقيقةِ الزِّنا، لكن لا تأثم بسبب الإكراه. بناية.

(٣) كلٌّ من النُّخيلة ودير هند موضعٌ قريب من الكوفة. عناية.

وإنْ شَهِدَ أربعةٌ على امرأةٍ بِالزِّنا وهي بِكْرٌ، دُرِئَ الحَدُّ عنهما وعنهم. وإنْ شَهِدَ أربعَةٌ على رَجُلٍ بالزِّنا وهُمْ عُميانٌ أو مَحدُودُونَ في قَذْفٍ، أو أحَدُهُم عبدٌ أو مَحدُودٌ في قَذفٍ، فإنَّهُم يُحَدُّونَ، ولا يُحدُّ المشهودُ عليه، وإنْ شَهِدُوا بِذلكَ وهُمْ فُسَّاقٌ، أو ظَهَرَ أنَّهُم فُسَّاقٌ، لم يُحَدُّوا. وإنْ نَقَصَ عَدَدُ الشُّهُودِ عَنْ أربعَةٍ حُدُّوا. وإنْ شَهِدَ أربعَةٌ على رَجلٍ بالزِّنا، فَضُرِبَ بِشَهادَتِهِمْ، ثُمَّ وُجِدَ أحَدُهُم عَبداً أو مَحدُوداً في قَذْفٍ، فإنَّهُمْ يُحَدُّونَ ....

(وإنْ شَهِدَ أربعةٌ على امرأةٍ بِالزِّنا وهي بِكْرٌ، دُرِئَ الحَدُّ عنهما وعنهم)؛ لأنَّ الزِّنا لا يَتحقَّق مع بقاء البكارةِ، ومعنى المسألة: أنَّ النِّساءَ نَظَرْن إليها فقلن: إنَّها بِكْرٌ، وشهادَتُهنَّ حُجَّةٌ في إسقاطِ الحدِّ، وليست بحُجَّةٍ في إيجابِهِ، فلهذا سقط الحدُّ عنهما، ولا يجبُ عليهم.

(وإنْ شَهِدَ أربعَةٌ على رَجُلٍ بالزِّنا وهُمْ عُميانٌ أو مَحدُودُونَ في قَذْفٍ، أو أحَدُهُم عبدٌ أو مَحدُودٌ في قَذفٍ، فإنَّهُم يُحَدُّونَ، ولا يُحدُّ المشهودُ عليه)؛ لأنَّه لا يَثْبُتُ بشهادتهم المالُ، فكيف يَثبُت الحَدُّ، وهم ليسوا من أهل أداءِ الشَّهادةِ، والعبدُ ليس بأهلٍ للتَّحمُّل والأداءِ، فلم تَثبُتْ شبهةُ الزِّنا؛ لأنَّ الزِّنا يَثبُتُ بالأداء.

(وإنْ شَهِدُوا بِذلكَ وهُمْ فُسَّاقٌ، أو ظَهَرَ أنَّهُم فُسَّاقٌ، لم يُحَدُّوا)؛ لأنَّ الفاسقَ من أهلِ الأداءِ والتَّحمُّلِ، وإنْ كان في أدائه نوعُ قُصورٍ لِتُهمةِ الفِسْق، ولهذا لو قضى القاضي بشهادةِ فاسقٍ يَنفذُ عندنا، ويَثبُت بشهادَتِهِم شبهةُ الزِّنا، وباعتبارِ قُصورٍ في الأداء لِتُهمةِ الفِسق يَثبُتُ شُبهةُ عدمِ الزِّنا، فلهذا امتنَعَ الحَدَّان، وسيأتي فيه خلافُ الشَّافعيِّ بناءً على أصله: أنَّ الفاسقَ ليس من أهل الشَّهادةِ، فهو كالعبد عنده.

(وإنْ نَقَصَ عَدَدُ الشُّهُودِ عَنْ أربعَةٍ حُدُّوا)؛ لأنَّهم قَذَفةٌ؛ إذْ لا حِسبةَ عند نُقصانِ العددِ، وخروجُ الشَّهادةِ عن القذفِ باعتبارها.

(وإنْ شَهِدَ أربعَةٌ على رَجلٍ بالزِّنا، فَضُرِبَ بِشَهادَتِهِمْ، ثُمَّ وُجِدَ أحَدُهُم عَبداً أو مَحدُوداً في قَذْفٍ، فإنَّهُمْ يُحَدُّونَ)؛ لأنَّهم قَذَفَة إذِ الشُّهودُ ثلاثةٌ، ....

وليسَ عليهم ولا على بَيتِ المالِ أرشُ الضَّربِ، وإنْ رُجِمَ فَدِيَتُهُ على بَيْتِ المالِ، وهذا عند أبي حنيفةَ، وقالا: أَرْشُ الضَّربِ أيضاً على بيتِ المالِ. وإنْ شَهِدَ أربعَةٌ على شَهادَةِ أربعَةٍ على رَجُلٍ بِالزِّنا، لَمْ يُحَدَّ، فإنْ جاءَ الأَوَّلُونَ فَشَهِدُوا على المُعايَنَةِ في ذلكَ المَكانِ، لم يُحَدَّ أيضاً. ....

(وليسَ عليهم ولا على بَيتِ المالِ أرشُ الضَّربِ، وإنْ رُجِمَ فَدِيَتُهُ على بَيْتِ المالِ، وهذا عند أبي حنيفةَ، وقالا: أَرْشُ الضَّربِ أيضاً على بَيتِ المالِ).

قال العبدُ الضَّعيفُ عَصَمَه الله: معناه إذا كان جَرَحَه، وعلى هذا الخلافِ إذا ماتَ مِنَ الضَّربِ، وعلى هذا إذا رَجَع الشُّهودُ لا يَضمَنُون عنده، وعندهما يَضمنُون.

لهما: أنَّ الواجبَ بشهادَتِهم مُطلَقُ الضَّربِ، إذِ الاحترازُ عن الجَرْح خارجٌ عن الوُسْعِ، فَيَنتظِمُ[1] الجارحَ وغيرَهُ، فَيُضافُ[2] إلى شهادتهم فَيضمنونَ بالرُّجوعِ، وعند عدمِ الرُّجوعِ تَجِبُ على بيتِ المال؛ لأنَّه يَنتقِلُ فِعلُ الجَلادِ إلى القاضي، وهو عاملٌ للمسلمين، فتجبُ الغَرامةُ في مالِهِم، فصار كالرَّجم والقِصاص.

ولأبي حنيفة: أنَّ الواجبَ هو الجَلْدُ، وهو ضربٌ مُؤلِمٌ غيرُ جارحٍ ولا مُهلِكٍ، فلا يقع جارحاً ظاهراً إلَّا لمعنىً في الضَّارِبِ، وهو قِلَّةُ هدايته فاقتَصَرَ عليه، إلَّا أنَّه لا يجب عليه الضَّمانُ في الصَّحيح، كي لا يَمتنعَ النَّاسُ عن الإقامة مَخافةَ الغَرامةِ.

(وإنْ شَهِدَ أربعَةٌ على شَهادَةِ أربعَةٍ على رَجُلٍ بالزِّنا، لَمْ يُحَدَّ)؛ لِما فيها من زيادةِ الشُّبهةِ، ولا ضرورةَ إلى تحمُّلِها. (فإنْ جاءَ الأَوَّلُونَ فَشَهِدُوا على المُعايَنَةِ في ذلكَ المَكانِ، لم يُحَدَّ أيضاً)، معناه: شَهِدوا على ذلك الزِّنا بِعَينِهِ؛ لأنَّ شهادَتَهُم قد رُدَّت من وجهٍ بِرَدِّ شهادةِ الفُروع في عَينِ هذه الحادثةِ، إذ هم قائمونَ مَقامَهم بالأمرِ

(١) أي: فيشمل الجرحُ الجارحَ وغيرَه.

(٢) أي: الجرح.

وإذا شَهِدَ أربعَةٌ على رَجلٍ بالزِّنا، فَرُجِمَ، فَكلَّما رَجَعَ واحدٌ حُدَّ الرَّاجعُ وَحْدَهُ وغَرِمَ رُبْعَ الدِّيةِ. ....

والتَّحميلِ، ولا يُحدُّ الشُّهودُ؛ لأنَّ عددهم مُتكامِلٌ وامتناعُ الحدِّ على المَشهودِ عليه لِنَوعِ شُبهةٍ[1]، وهي كافيةٌ لِدَرء الحدِّ لا لإيجابه.

(وإذا شَهِدَ أربعَةٌ على رَجلٍ بالزِّنا، فَرُجِمَ، فَكلَّما رَجَعَ واحدٌ حُدَّ الرَّاجعُ وَحْدَهُ وغَرِمَ رُبْعَ الدِّيةِ)، أمَّا الغرامةُ فلأنَّه بَقِيَ مَنْ يَبْقى بِشَهادَتِهِ ثَلاثَةُ أرباعِ الحَقِّ، فيكونُ التَّالِفُ بِشَهادةِ الرَّاجعِ رُبْعُ الحَقِّ.

وقال الشَّافعيُّ[2]: يجبُ القَتْلُ دونَ المال، بناءً على أصلِهِ في شُهودِ القِصاص، وسنبيِّنه في الدِّيات إن شاء الله تعالى.

وأمَّا الحدُّ فمذهبُ علمائنا الثَّلاثة. وقال زفر: لا يُحدُّ؛ لأنَّه إنْ كان الرَّاجعُ قاذِفَ حيٍّ فقد بَطَلَ بالموت، وإنْ كان قاذِفَ مَيتٍ فهو مَرجومٌ بِحُكم القاضي، فَيُورِثُ ذلك شبهةً.

---

(١) وهو شُبهةُ عدمِ التَّحميل في الفُروعِ، وشبهةُ الرَّدِّ في الأصول.

(٢) قال الماوردي في الحاوي (١٣/ ٢٣٦) الكتب العلمية: إذا شهد أربعةٌ على رجلٍ بالزِّنا فَحُدَّ بشهادتهم ثمَّ رَجَعوا عن الشهادة، فقد صاروا بالرُّجوعِ قذَفَةً ويُحدُّون، ولا يخلو الحدُّ الذي أقيم بشهادتهم من أحد أمرين: إمَّا أن يكون رجماً، أو جلداً، فإن كان رجماً ضمنوا بالرُّجوعِ نفسَ المرجوم، وسُئلوا عن شهادتهم هل عَمَدوا الكذب فيها لِيُقتل أو لم يَعمَدُوه؟ ولهم في الجواب أربعة أحوال:
أحدها: أن يقولوا: «أخطأنا جميعاً»، فعليهم ديةُ الخطأ مؤجَّلةً في أموالهم لا على عواقلهم؛ لأنَّها عن اعتراف.
والحال الثانية: أن يقولوا: «عَمَدنا ولم نعلم أنَّه يُقتَلُ وظنَّناه بِكراً» فعليهم ديةُ شِبهِ العمدِ، ولا قود، وتكونُ في أموالهم دونَ عواقلهم.
والحال الثالثة: أن يقولوا: «عَمَدنا لِيُقتل» فعليهم القَوَدُ، فإن عفا عنه فديةُ العمدِ المَحضِ في أموالِهم.
والحالُ الرَّابعة: أن يقولوا: «عَمَد بعضُنا وأخطأ بعضُنا» فلا قَوَدَ على العامد ولا على الخاطئ، لكن على العامدِ ديةُ العمدِ، وعلى الخاطئ ديةُ الخطأ مؤجَّلة. اهـ.

فإنْ لَمْ يُحَدَّ المَشهودُ عليه حتَّى رَجَعَ واحِدٌ مِنْهم حُدُّوا جميعاً، وسَقَطَ الحَدُّ عَنِ المَشْهُودِ عَلَيهِ، فإنْ كانوا خَمْسَةً، فَرَجَعَ أحَدُهُمْ فلا شَيءَ عليه، فإنْ رَجَعَ آخَرُ حُدَّا وغَرِما رُبْعَ الدِّيَةِ. ....

ولنا: أنَّ الشَّهادة إنَّما تَنقلِب قَذْفًا بالرُّجوع؛ لأنَّ به تُفسَخ شهادَتُهُ، فَجُعِل للحال قذفاً للميت، وقد انفسخَتِ الحُجَّةُ فَينفسخُ ما يَبتنِي عليها، وهو القضاءُ في حقِّه، فلا يُورِث الشُّبهةَ، بخلاف ما إذا قَذَفَه غيره؛ لأنَّه غيرُ مُحصَنٍ في حقِّ غيرِهِ؛ لقيام القضاءِ في حقِّه.

(فإنْ لَمْ يُحَدَّ المَشهودُ عليه حتَّى رَجَعَ واحِدٌ مِنْهم حُدُّوا جميعاً، وسَقَطَ الحَدُّ عَنِ المَشْهُودِ عَلَيهِ)، وقال محمد: حُدَّ الرَّاجعُ خاصَّةً؛ لأنَّ الشَّهادةَ تأكَّدت بالقضاء، فلا يَنفسِخُ إلَّا في حقِّ الرَّاجعِ، كما إذا رجَعَ بعد الإمضاءِ.

ولهما: أنَّ الإمضاءَ مِنَ القضاءِ، فصار كما إذا رَجَع واحدٌ منهم قبلَ القضاءِ، ولهذا سقطَ الحدُّ عن المشهود عليه.

ولو رَجَعَ واحدٌ منهم قبلَ القضاءِ حُدُّوا جميعاً. وقال زفر: يُحدُّ الرَّاجعُ خاصَّةً؛ لأنَّه لا يُصدَّقُ على غيره.

ولنا: أنَّ كلامَهُم قَذْفٌ في الأصل، وإنَّما يَصيرُ شهادةً باتِّصال القضاءِ به، فإذا لم يتَّصلْ به بقي قَذْفاً، فَيُحَدُّون.

(فإنْ كانوا خَمْسَةً، فَرَجَعَ أحَدُهُمْ فلا شَيءَ عليه)؛ لأنَّه بَقِي مَن يَبقَى بشهادتِهِ كلُّ الحَقِّ، وهو شهادةُ الأربعة، (فإنْ رَجَعَ آخَرُ حُدَّا وغَرِما رُبْعَ الدِّيَةِ)، أمَّا الحدُّ فَلِما ذكرنا[1]، وأمَّا الغرامةُ فلأنَّه بَقِي مَن يَبقَى بشهادته ثلاثةُ أرباعِ الحَقِّ، والمُعتَبَرُ بقاءُ مَنْ بَقِي، لا رجوعُ مَن رجع على ما عُرِف[2].

(١) إشارة إلى قوله: «إنَّ الشَّهادة تُقلَب قذفاً بالرُّجوع».

(٢) أي: في كتاب الشهادات. بناية.

وإنْ شَهِدَ أربعَةٌ على رَجُلٍ بِالزِّنا، فَزُكُّوا فَرُجِمَ، فإذا الشُّهودُ مَجُوسٌ أو عبيدٌ أو محدودون، فَالدِّيَةُ على المُزَكِّينَ عند أبي حنيفة، وقالا: هو على بَيتِ المالِ، ولا ضمانَ على الشُّهود. وإذا شَهِدَ أربعَةٌ على رَجلٍ بِالزِّنا، فأمَرَ القاضي بِرَجْمِهِ، فَضَرَبَ رَجُلٌ عُنُقَهُ، ثُمَّ وُجِدَ الشُّهُودُ عبيداً، فَعَلَى القاتِلِ الدِّيَةُ، ....

(وإنْ شَهِدَ أربعَةٌ على رَجُلٍ بِالزِّنا، فَزُكُّوا فَرُجِمَ، فإذا الشُّهودُ مَجُوسٌ أو عبيدٌ [أو محدودون][1]، فَالدِّيَةُ على المُزَكِّينَ عند أبي حنيفة)، معناه: إذا رَجَعوا عن التَّزكيةِ، (وقالا: هو على بَيتِ المالِ)، وقيل: هذا إذا قالوا: تَعمَّدنا التَّزكيةَ مع عِلْمِنا بحالهم.

لهما: أنَّهم أثنَوا على الشُّهودِ خيراً، فصار كما إذا أثنَوا على المَشهودِ عليه خيراً، بأن شَهِدوا بإحصانه.

وله: أنَّ الشَّهادةَ إنَّما تَصيرُ حُجَّةً عاملةً بالتَّزكيةِ، فكانت التَّزكيةُ في معنى عِلَّةِ العِلَّةِ، فَيُضافُ الحكمُ إليها، بخلاف شهودِ الإحصانِ؛ لأنَّه مَحضُ الشَّرطِ.

ولا فرقَ بين ما إذا شَهِدُوا بلفظِ الشَّهادة أو أخبَرُوا[2]، وهذا إذا أخبَرُوا بالحرِّيَّةِ والإسلامِ، أمَّا إذا قالوا: هم عدولٌ، وظهروا عبيداً، لا يَضمَنُون؛ لأنَّ العبدَ قد يكونُ عدلاً.

(ولا ضمانَ على الشُّهود)؛ لأنَّه لم يقع كلامُهُم شهادةً، ولا يُحدُّون حدَّ القذفِ؛ لأنَّهم قَذَفوا حيَّاً وقد مات، فلا يُورَث عنه.

(وإذا شَهِدَ أربعَةٌ على رَجلٍ بِالزِّنا، فأمَرَ القاضي بِرَجْمِهِ، فَضَرَبَ رَجُلٌ عُنُقَهُ، ثُمَّ وُجِدَ الشُّهُودُ عبيداً، فَعَلَى القاتِلِ الدِّيَةُ)، وفي القياس يجبُ القِصاصُ؛ لأنَّه قَتَلَ نفساً معصومةً بغير حقٍّ.

---

(1) زيادة من (ج).

(2) أي: بأن قالوا: نشهد، أو قالوا: هم أحرار ....

وإنْ رُجِمَ، ثُمَّ وُجِدُوا عبيداً، فَالدِّيَةُ على بيتِ المالِ. وإذا شَهِدُوا على رَجُلٍ بِالزِّنا وقالوا: «تَعَمَّدْنا النَّظَرَ»، قُبِلَتْ شَهادَتُهُم. وإذا شَهِدَ أربعَةٌ على رَجُلٍ بِالزِّنا، فَأَنْكَرَ الإحصانَ ولَهُ امرأةٌ قَدْ وَلَدَتْ مِنهُ، فإنَّهُ يُرْجَمُ، ....

وجهُ الاستحسانِ: أنَّ القضاءَ صحيحٌ ظاهراً وقتَ القتلِ، فأورثَ شُبهةً، بخلافِ ما إذا قَتَلَه قبلَ القضاءِ؛ لأنَّ الشَّهادةَ لم تَصِر حجَّةً بعدُ، ولأنَّه ظنَّه مُباحَ الدَّمِ مُعتمِداً على دليلٍ مُبيحٍ، فصار كما إذا ظنَّه حربيّاً وعليه علامَتُهم، وتجبُ الدِّيةُ في ماله؛ لأنَّه عمدٌ، والعواقِلُ لا تَعقِلُ العمدَ، ويجبُ ذلك في ثلاثِ سنين؛ لأنَّه وَجَبَ بِنَفسِ القتلِ.

(وإنْ رُجِمَ، ثُمَّ وُجِدُوا عبيداً، فالدِّيَةُ على بيتِ المالِ)؛ لأنَّه امتثل أمرَ الإمامِ فَنُقِلَ فِعلُهُ إليه، ولو باشَرَه بنفسِهِ تجبُ الدِّيةُ في بيت المال لِما ذكرنا[1]، كذا هذا، بخلافِ ما إذا ضَرَبَ عُنُقَه؛ لأنَّه لم يَأتمِرْ بأمره.

(وإذا شَهِدُوا على رَجُلٍ بِالزِّنا وقالوا: «تَعَمَّدْنا النَّظَرَ»، قُبِلَتْ شَهادَتُهُم)؛ لأنَّه يُباحُ النَّظرُ لهم ضرورةَ تَحمُّلِ الشَّهادةِ، فأشبه الطَّبيبَ والقابلةَ.

(وإذا شَهِدَ أربعَةٌ على رَجُلٍ بِالزِّنا، فَأَنْكَرَ الإحصانَ ولَهُ امرأةٌ قَدْ وَلَدَتْ مِنهُ، فإنَّهُ يُرْجَمُ). معناه: أن يُنكِرَ الدُّخولَ بعد وُجودِ سائرِ الشَّرائطِ؛ لأنَّ الحُكمَ بِثَباتِ النَّسبِ منه حُكمٌ بالدُّخول عليه، ولهذا لو طلَّقها يُعقِبُ الرَّجعةَ[2]، والإحصانُ يَثبُتُ بمثله[3].

---

(١) يعني: في مسألة الجلاد إذا جَرَح، من قوله: «ينتقلُ فِعلُ الجلاد إلى القاضي، وهو عاملٌ للمسلمين، فتجب الغرامةُ في مالِهِم». فتح انظر ص (٤٥١) من هذا الكتاب.

(٢) أي: لأجل الحكم بالدُّخول عليه، لو طلَّقها له أن يراجعها بعد الطلاق، والطَّلاقُ قبل الدُّخول لا يعقب الرَّجعةَ.

(٣) أي: بمثلِ هذا الدَّليلِ الذي فيه شُبهةٌ؛ ألا ترى أنَّه يَثبُتُ بشهادةِ رجلٍ وامرأتين عندنا، فكذلك هاهنا يَثبُتُ الدُّخولُ الذي هو من شروطِ الإحصانِ بالحُكمِ بِثُبوتِ النَّسب. عناية.

فإنْ لَمْ تَكُنْ وَلَدَتْ مِنهُ وشَهِدَ عليهِ بالإحصانِ رَجلٌ وامرأتانِ رُجِمَ، ....

(فإنْ لَمْ تَكُنْ وَلَدَتْ مِنهُ وشَهِدَ عليهِ بالإحصانِ رَجلٌ وامرأتانِ رُجِمَ)، خلافاً لزفر والشَّافعيِّ[(١)]؛ فالشَّافعيُّ مَرَّ على أصلِهِ أنَّ شهادَتَهنَّ غيرُ مقبولةٍ في غير الأموالِ، وزفر يقول: إنَّه شرطٌ في معنى العِلَّة؛ لأنَّ الجنايةَ تتغلَّظُ عنده[(٢)]، فَيُضاف الحكمُ

---

(١) قال النووي في الروضة (٨/ ٢٢٥) وما بعدها، الكتب العلمية: الشهادات ثلاثة أضرب:
الأول: الشَّهادة على الزِّنى، فلا تثبتُ إلا بأربعةِ رجالٍ، وتثبُتُ الشَّهادةُ على الإقرار بالزِّنى برجلين على الأظهر، وفي قول: يُشترط أربعةٌ، ولا يَثبُتُ اللِّواطُ وإتيانُ البهيمةِ إلا بأربعةٍ على المذهب، ويثبتُ القذفُ بشاهدين على المشهور.
الضرب الثاني: ما ليس بمال، ولا يُقصَدُ منه مال:
- فإن كان عقوبةً، لم تثبت إلَّا برجلين، سواءٌ فيه حقُّ الله تعالى، كحدِّ الشُّرب، وقطعِ الطَّريق، وقتلِ الرِّدَّةِ، وحقُّ العبادِ كالقصاصِ في النَّفسِ، أو الطَّرفِ، وحدِّ القذف. والتَّعزيرُ كالحَدِّ، ولا مُدخَلَ لشهادةِ النِّساء فيها.
- وإن كان غيرَ عقوبةٍ، فهو نوعان:
أحدهما: يطَّلعُ عليه الرِّجال غالباً، فلا يُقبَلُ فيه إلَّا رجلان، وذلك كالنكاح والرَّجعة، والطَّلاق والعتاقِ، والإسلام والرِّدَّة، والبلوغِ والإيلاء، والظِّهارِ والإعسار، والموت، والخُلع من جانب المرأة، والولاءِ وانقضاءِ العدَّةِ، وجَرحِ الشُّهودِ وتعديلهم، والعفوِ عن القصاص والإحصان ... إلخ.
النوع الثاني: ما لا يطَّلعُ عليه الرجال، وتَختصُّ النِّساء بمعرفته غالباً، فَيُقبل فيه شهادتُهُنَّ منفردات، وذلك كالولادة، والبكارة، والثِّيابة، والرتق، والقَرنِ، والحيض، والرَّضاع، وعيبِ المرأة من برص وغيره تحتَ الإزار، حرَّة كانت أو أمة، وكذا استهلالُ الولدِ على المشهور، فكلُّ هذا النوع لا يُقبل فيه إلا أربعُ نسوة أو رجلين، أو رجل وامرأتين.
الضَّرب الثالث: ما هو مال أو المقصودُ منه مال، كالأعيان والديون، والعقودِ الماليَّةِ، فَيَثبُتُ برجلين وبرجلٍ وامرأتين، ولا يَثبُتُ بنسوةٍ مُنفرداتٍ، فمن هذا الضَّربِ البيعُ والإقالةُ، والإجارةُ، والرَّدُّ بالعيب. اهـ مختصراً
لم أجد بعد البحثِ الطَّويلِ في عديدٍ من كتب الفقهِ الشَّافعيِّ على نصٍّ في مسألتنا هذه، ولكن نَلمَحُ الجوابَ من خلال تقريره في النَّوع الأولِ من الضَّربِ الثاني أنَّ الإحصانَ لا يَثبُتُ إلا بشهادةِ رجلين، وعليه يكون الحكم موافقاً لما ذكره المرغيناني رَحِمَهُ اللَّهُ. والله أعلم.

(٢) بيانه: أنَّ علَّةَ حدِّ الزِّنا هو الزِّنا، لكنَّه يتغلَّظُ عندَ وجودِ الإحصانِ، ولهذا يجبُ الرَّجمُ الذي هو أشدُّ =

فإنْ رَجَعَ شُهودُ الإحصانِ لا يَضْمَنُونَ.

إليه[١]، فأشبَهَ حقيقةَ العلَّةِ، فلا تُقبَلُ شهادةُ النِّساءِ فيه احتيالاً لِلدَّرءِ، فصار كما إذا شَهِد ذِمِّيَّانِ على ذِمِّيٍّ زَنَى عبدُهُ المُسلِمُ، أنَّه أعتَقَهُ قبلَ الزِّنا، فلا تُقبَل لِما ذكرنا[٢].

ولنا: أنَّ الإحصانَ عبارةٌ عن الخصالِ الحَميدةِ، وأنَّها مانعةٌ من الزِّنا على ما ذكرنا، فلا يكونُ في معنى العلَّةِ، وصار كما إذا شَهِدوا به[٣] في غيرِ هذه الحالةِ، بخلاف ما ذَكَرَ؛ لأنَّ العِتقَ يَثبُتُ بِشَهادَتِهِما، وإنَّما لا يَثبُتُ بِسَبقِ التَّاريخِ؛ لأنَّه يُنكِرُه المسلمُ أو يَتضرَّر به المسلم.

(فإنْ رَجَعَ شُهودُ الإحصانِ لا يَضْمَنُونَ) عندنا، خلافاً لزفر، وهو فرعُ ما تقدَّم، والله أعلم بالصَّواب.

= العقوبات، فكان الإحصانُ شرطاً في معنى العلَّةِ، فلا تُقبلُ شهادَتُهنَّ على علَّةِ الحكم، فلا تُقبلُ أيضاً على شرطِهِ، وهو الإحصانُ، لأنَّ الإحصانَ في معنى العلَّةِ لتغليظ الجنايةِ عنده. بناية.

(١) أي: إلى الإحصانِ.

(٢) من أنَّ الإحصان شرطٌ في معنى العلَّة.

(٣) أي: بالإحصانِ.

باب حد الشُّرب

ومَنْ شَرِبَ الخَمْرَ فَأُخِذَ وَرِيحُها مَوجُودَةٌ، أو جاؤوا بِهِ سَكْرانَ، فَشَهِدَ الشُّهودُ عَلَيهِ بِذَلكَ فَعَلَيهِ الحَدُّ، وكَذلكَ إذا أقَرَّ ورِيحُها مَوجُودَةٌ، وإنْ أقَرَّ بعدَ ذهابِ رائِحَتِها لَمْ يُحَدَّ عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يُحَدُّ. ....

(باب حد الشُّرب)

(ومَنْ شَرِبَ الخَمْرَ فَأُخِذَ وَرِيحُها مَوجُودَةٌ، أو جاؤوا بِهِ سَكْرانَ، فَشَهِدَ الشُّهودُ عَلَيهِ بِذَلكَ فَعَلَيهِ الحَدُّ، وكَذلكَ إذا أقَرَّ ورِيحُها مَوجُودَةٌ)؛ لأنَّ جنايةَ الشُّربِ قد ظَهَرت ولم يَتقادَم العهدُ.

والأصلُ فيه قولُه ﷺ: «مَنْ شَرِب الخمرَ فاجلِدُوهُ، فإنْ عاد فَاجلِدُوه[1]».

(وإنْ أقَرَّ بعدَ ذهابِ رائِحَتِها لَمْ يُحَدَّ عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يُحَدُّ)، وكذلك إذا شَهِدوا عليه بعد ما ذَهَب رِيحُها والسُّكرُ، لم يُحدَّ عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يُحدُّ، فالتَّقادمُ يَمنَع قَبولَ الشَّهادةِ بالاتِّفاق، غيرَ أنَّه مُقدَّر بالزَّمان عنده[2] اعتباراً بحدِّ الزِّنا، وهذا لأنَّ التَّأخيرَ يتحقَّقُ بِمُضيِّ الزَّمانِ، والرَّائحةُ قد تكونُ من غيره، كما قيل:

يقولون لي: إنَّكَ شَرِبتَ مُدامةً
فقلتُ لهم: لا بل أكلتُ السَّفرجِلا

---

(١) أخرجه بهذا اللفظ أحمد (٢/ ١٩١) (٦٧٩١)، وهو بتمامه عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال: قال رسول الله ﷺ: «مَن شَرِبَ الخمرَ فاجلِدُوهُ، فإن عاد فاجلِدُوهُ، فإن عادَ فاجلِدُوهُ، فإن عاد فاقتلوه».
وأخرج نحوه الترمذي في الحدود، باب: ما جاء من شرب الخمر فاجلدوه ومن عاد في الرابعة فاقتلوه (١٤٤٤)، والنسائي في الصغرى، كتاب الأشربة، باب: ذكر الروايات المغلظات في شرب الخمر (٥٦٦١)، وأبو داود في الحدود، باب: إذا تتابع في شرب الخمر (٤٤٨٥)، والحاكم (٤/ ٤١٣) (٨١١٤)، وقال: صحيحٌ على شرطِ الشَّيخين ولم يخرجاه.
وفي الباب من حديث أبي هريرة، ومعاوية، وابن عمر، وقبيصة بن ذؤيب، وجابر، وغيرهم.

(٢) أي: عند الإمام محمد.

فإنْ أخَذَهُ الشُّهودُ وريحُها تُوجَدُ مِنهُ أو هو سَكْرانُ، فَذهَبُوا به مِنْ مِصْرٍ إلى مِصْرٍ فيه الإمامُ، فَانْقَطَعَ ذلكَ قبلَ أنْ يَنْتَهُوا بِهِ، حُدَّ في قَولِهِمْ جَمِيعاً. ....

وعندهما: يُقدَّرُ بزوالِ الرَّائحةِ؛ لقول ابن مسعود: «فإنْ وجدتُم رائحةَ الخمرِ فاجلِدُوه[1]»، ولأنَّ قيامَ الأثرِ مِنْ أقوى دلالةٍ على القُربِ، وإنَّما يُصارُ إلى التَّقديرِ بالزَّمان عند تَعذُّرِ اعتبارِهِ، والتَّمييزُ بين الرَّوائحِ مُمكِنٌ للمُستدِلِّ، وإنَّما تَشتبِهُ على الجُهَّال.

وأمَّا الإقرارُ فالتَّقادُمُ لا يُبطِلُه عند محمد، كما في حدِّ الزِّنا على ما مَرَّ تقريره[2].

وعندهما: لا يُقامُ الحدُّ إلَّا عند قيامِ الرَّائحةِ؛ لأنَّ حدَّ الشُّربِ ثبَتَ بإجماعِ الصَّحابةِ، ولا إجماعَ إلَّا برأيِ ابنِ مسعود، وقد شَرَط قيامَ الرَّائحةِ على ما روينا.

(فإنْ أخَذَهُ الشُّهودُ وريحُها تُوجَدُ مِنهُ أو هو سَكْرانُ، فَذهَبُوا به مِنْ مِصْرٍ إلى مِصْرٍ فيه الإمامُ، فَانْقَطَعَ ذلكَ قبلَ أنْ يَنْتَهُوا بِهِ، حُدَّ في قَولِهِمْ جَمِيعاً)؛ لأنَّ هذا عذرٌ كَبُعدِ المسافةِ في حدِّ الزِّنا، والشَّاهدُ لا يُتَّهَم في مِثْلِه.

---

(1) قال الزيلعي (٣/ ٣٤٩): غريب بهذا اللفظ، وروى عبد الرزاق في الطلاق، باب: ﴿وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ ٱللَّهِ﴾ [النُّور: ٢] (١٣٥١٩) أنَّ ابنَ مسعودٍ أتاه رجلٌ بابنِ أخيه وهو سكران، فقال: إنِّي وجدتُ هذا سكران يا أبا عبد الرحمن، فقال: تَرتِرُوه ومَزمِزُوهُ واستَنكِهُوهُ، فَترتَرُوه ومَزمَزُوه واستَنكَهُوه، فَوَجدوا منه ريحَ شَرابٍ، فأمَرَ به عبدُ الله إلى السِّجنِ، ثمَّ أخرجه من الغَدِ، ثمَّ أمر بِسَوطٍ فَدُقَّت ثَمرَتُهُ حتَّى آضَتْ له مُخفقة - يعني: صارت - ثمَّ قال للجلادِ: اضرِبْ وأرجِعْ يدَكَ، وأعطِ كلَّ عضوٍ حقَّه» الحديث.

وأخرج مسلم في صلاة المسافرين وقصرها، باب: فضل استماع القرآن وطلب القراءة من حافظ للاستماع والبكاء عند القراءة والتدبر (٨٠١) عن عبد الله بن مسعود قال: كنتُ بحمص فقال لي بعضُ القوم: اقرأ علينا، فقرأتُ عليهم سورةَ يوسف، قال: فقال رجلٌ من القوم: واللهِ ما هكذا أنزلت، قال: قلتُ: وَيحَكَ واللهِ لقد قرأتها على رسول الله ﷺ، فقال لي: أحسنت، فبينما أنا أكلِّمُه إذ وجدتُ منه رِيحَ الخَمرِ، قال: فقلت: أتشرَبُ الخَمرَ وتَكذِبُ بالكتاب؟ لا تَبرَحُ حتَّى أجلِدَكَ، قال فجَلَدتُّه الحَدَّ.

(2) من أنَّ الإنسانَ لا يكون متَّهماً بالنِّسبة إلى نفسه.

وَمَنْ سَكِرَ مِنَ النَّبِيذِ حُدَّ، ولا حَدَّ على مَنْ وُجِدَ مِنهُ رائِحَةُ الخَمْرِ أو تَقَيَّأها. ولا يُحَدُّ السَّكرانُ حَتَّى يُعلَمَ أنَّه سَكِرَ مِنَ النَّبيذِ وشَرِبَهُ طَوْعاً. ....

(وَمَنْ سَكِرَ مِنَ النَّبِيذِ حُدَّ)؛ لِما رُوي أنَّ عمر أقام الحَدَّ على أعرابيٍّ سَكِرَ من النَّبيذ[١]. وسنبيِّنُ الكلامَ في حدِّ السُّكرِ ومِقدارِ حَدِّه المُستَحَقِّ عليه إن شاء الله تعالى.

(ولا حَدَّ على مَنْ وُجِدَ مِنهُ رائِحَةُ الخَمْرِ أو تَقَيَّأها)؛ لأنَّ الرَّائحةَ مُحتَمِلةٌ، وكذا الشُّربُ قد يقعُ عن إكراهٍ أو اضطرار.

(ولا يُحَدُّ السَّكرانُ حَتَّى يُعلَمَ أنَّه سَكِرَ مِنَ النَّبيذِ وشَرِبَهُ طَوْعاً)؛ لأنَّ السُّكرَ من المُباح لا يُوجِبُ الحدَّ كالبَنْج[٢] ولَبَنِ الرِّماك[٣]، وكذا شُرْبُ المُكرَهِ

---

(١) قال الزيلعي (٣/ ٣٥٠): أخرج الدارقطني، كتاب الأشربة وغيرها (٧٥) عن سعيد بن ذي لعوة: أنَّ أعرابيّاً شَرِب من إداوةِ عمرَ نبيذاً فَسكِرَ، فضَرَبَه عمرُ الحَدَّ. قال الدار قطني: هذا لا يثبت.
ورواه العقيلي في كتابه، وزاد فيه: فقال الأعرابي: إنَّما شَربتُهُ من إداوتِكَ، فقال عمر: إنَّما جَلدناك على السُّكر، انتهى، وأعلَّه بسعيد ابن ذي لعوة، وأسند تضعيفه عن البخاري.
وأخرجه ابن أبي شيبة في الحدود، باب: النبيذ من رأى فيه حداً (٢٨٤٠١)، وعبد الرزاق في الأشربة، باب: الحد في نبيذ الأسقية ولا يشرب بعد ثلاث (١٧٠١٥).

(٢) فإنَّه مباح، وهو الموافق لعامة الكتب، خلا رواية الجامع الصغير للإمام المحبوبي. عناية.
قال ابن عابدين رحمه الله: لا يَحرُمُ قليلُ البَنجِ والأفيون، بل كثيرُها المُسكِرُ، وبه صرَّح ابنُ حَجَر في التُّحفة وغيره، وهو مفهومٌ من كلامِ أئمَّتنا لأنَّهم عَدُّوها من الأدوية المباحةِ، وإن حَرُمَ السُّكرُ منها بالاتِّفاق كما نذكره، ولم نَرَ أحداً قال بنجاستها ولا بنجاسةِ نحوِ الزَّعفران، مع أنَّ كثيرَهُ مُسكِرٌ، ولم يُحرِّموا أكلَ قليلِهِ أيضاً، ويدلُّ عليه أنَّه لا يُحدُّ بالسُّكرِ منها كما يأتي، بخلاف المائعة فإنَّه يُحدُّ. اهـ (١٠/ ٤٥) ط دار المعرفة. وقال في (١٠/ ٤٦): الصَّواب أنَّ مرادَ صاحب الهداية وغيره إباحةُ قليلِهِ للتَّداوي ونحوه، ومَن صرَّح بحرمتِهِ أرادَ به القَدْرَ المُسكِرَ منه. اهـ.

(٣) قال ابن عابدين (١٠/ ٤٥): وفي الخانية وغيرها: لَبَنُ المأكولِ حلالٌ، وكذا لَبَنُ الرِّماكِ عندهما، وعنده يُكرَه. قال بعضُهُم: تنزيهاً. وقال السَّرخسيُّ: إنَّه مباحٌ كالبَنْج. وعامَّتُهم قالوا: يُكره تحريماً، لكن لا يُحدُّ وإن زالَ عقلُهُ، كما لو زال بالبنج يَحرُم ولا يُحدُّ فيه اهـ. زاد في البزازية: وأكثرُ العلماءِ على أنَّه تنزيه.
وفي شرح الوهبانية: والصَّحيحُ من مَذهبِ الصَّاحبينِ جوازُ شُربِهِ، أي: لَبَنِ الرِّماك، ولا يُحدُّ شاربُهُ =

ولا يُحَدُّ حتَّى يَزُولَ عنهُ السُّكْرُ. وحَدُّ الخَمرِ والسُّكرِ في الحُرِّ ثمانُونَ سَوْطاً، يُفرَّقُ على بَدَنِهِ كما في حَدِّ الزِّنا على ما مَرَّ، وإنْ كان عَبْداً فَحَدُّهُ أربعُونَ سَوْطاً. ومَنْ أقرَّ بِشُرْبِ الخَمْرِ أو السُّكْرِ، ثُمَّ رَجعَ لَمْ يُحَدَّ. ويَثْبُتُ الشُّرْبُ بِشَهادَةِ شاهِدَينِ، ويَثْبُتُ بالإقرارِ مَرَّةً واحِدَةً. ولا تُقبَلُ فيه شَهادَةُ النِّساءِ مَعَ الرِّجالِ. ....

لا يُوجِب الحدَّ.

(ولا يُحَدُّ حتَّى يَزُولَ عنهُ السُّكْرُ) تحصيلاً لمقصودِ الانزجار.

مقدار حدّ الخمر والسُّكْر

(وحَدُّ الخَمرِ والسُّكرِ في الحُرِّ ثمانُونَ سَوْطاً)؛ لإجماع الصَّحابةِ رضي الله عنهم، (يُفرَّقُ على بَدَنِهِ كما في حَدِّ الزِّنا على ما مَرَّ)، ثمَّ يُجرَّدُ في المشهورِ من الرِّواية.

وعن محمَّد: أنَّه لا يُجرَّد إظهاراً للتَّخفيفِ؛ لأنَّه لم يَرِد به نصٌّ.

ووجهُ المشهور: أنَّا أظهرنا التَّخفيفَ مرَّةً فلا يُعتَبَرُ ثانياً.

(وإنْ كان عَبْداً فَحَدُّهُ أربعُونَ سَوْطاً)؛ لأنَّ الرِّقَّ مُنصِّف على ما عُرِف.

(ومَنْ أقرَّ بِشُرْبِ الخَمْرِ أو السُّكْرِ، ثُمَّ رَجعَ لَمْ يُحَدَّ)؛ لأنَّه خالصُ حقِّ الله تعالى.

بيان ما يثبت به الشرب

(ويَثْبُتُ الشُّرْبُ بِشَهادَةِ شاهِدَينِ، ويَثْبُتُ بالإقرارِ مَرَّةً واحِدَةً)، وعن أبي يوسف أنَّه يُشتَرَطُ الإقرارُ مرَّتينِ، وهو نظيرُ الاختلافِ في السَّرقةِ، وسنبيِّنُها هناك إن شاء الله.

(ولا تُقبَلُ فيه شَهادَةُ النِّساءِ مَعَ الرِّجالِ)؛ لأنَّ فيها[1] شُبهةَ البَدليَّةِ، ....

= إذا سَكِرَ منه على الصَّحيح، اللَّهمَّ إلَّا أن يُجتَمَعَ عليه كما عَلَّل فيما قدَّمناه. اهـ انظر تمامه.

(١) أي: في شهادة النِّساءِ شُبهةُ البدليَّةِ؛ لقوله تعالى ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، فاعتبرها عند عدَمِ الرَّجلينِ ولم يُرِد به حقيقَتَهُ بالإجماع؛ لأنَّهما لو شَهِدَتا مع رجلٍ مع إمكانِ رجلين =

والسَّكرانُ الذي يُحَدُّ هو الذي لا يَعقِلُ مَنطِقاً، لا قَليلاً ولا كَثيراً، ولا يَعقِلُ الرَّجُلَ مِنَ المَرأةِ، وهذا عندَ أبي حنيفةَ، وقالا: هو الذي يَهْذِي ويَختَلِطُ كلامُهُ. ......

وتُهمةَ[1] الضَّلالِ والنِّسيان.

بيان ضابط السكر الذي يوجب الحد

(والسَّكرانُ الذي يُحَدُّ هو الذي لا يَعقِلُ مَنطِقاً، لا قَليلاً ولا كَثيراً، ولا يَعقِلُ الرَّجُلَ مِنَ المَرأةِ).

قال العبدُ الضَّعيفُ: (وهذا عندَ أبي حنيفةَ، وقالا: هو الذي يَهْذِي ويَختَلِطُ كلامُهُ)؛ لأنَّه هو السَّكرانُ في العُرف، وإليه مالَ أكثرُ المشايخ.

وله: أنَّه يُؤخذُ في أسباب الحدودِ بأقصاها دَرءاً للحدِّ، ونهايةُ السُّكرِ أن يَغلِبَ السُّرورُ على العقل، فَيسلُبُه التَّمييزَ بين شيءٍ وشيءٍ، وما دونَ ذلك لا يَعْرى عن شُبهة الصَّحْو.

والمُعتَبَرُ في القَدَح المُسكِرِ في حقِّ الحُرمةِ ما قالاه بالإجماع، أَخْذاً بالاحتياط.

والشَّافعيُّ يَعتبرُ ظُهورَ أثرِهِ في مِشيتِهِ وحركاتِهِ وأطرافِهِ[2]، وهذا ممَّا يتفاوت فلا معنى لاعتباره.

= صحَّ إجماعاً. فتح.

(١) لقوله تعالى ﴿أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ﴾ [البَقَرَة: ٢٨٢] في الكشَّاف: ﴿أَن تَضِلَّ﴾ [البَقَرَة: ٢٨٢] أي: لا تهتدي للشَّهادة، وفي التيسير: الضَّلال هنا النِّسيان. وقوله: ﴿فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ﴾ [البَقَرَة: ٢٨٢] أي: تُزيل نسيانَها. فتح.

(٢) الحكم عندنا أنَّ شارب الخَمرِ يُحدُّ ولو شَرِب قطرةً، سَكِرَ أو لم يسكر، أمَّا باقي الأشربةِ المحرَّمةِ لا يحدُّ إلَّا إذا سَكِرَ، لذا احتاج إلى بيان حدِّ السُّكرِ، أمَّا عند الشَّافعيَّة فكلُّ من شرب مُسكراً حُدَّ وإن لم يسكر، قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٤/ ٢٣٢) دار الفكر: (كلُّ شرابٍ أسكرَ كثيرُهُ حَرُم) هو و(قليلُهُ) جميع الأشربة من نقيع التَّمرِ والزَّبيب، (وحُدَّ شاربُهُ) وإن كان لا يُسكِرُ حسماً لمادَّةِ الفساد. اهـ مختصراً.

ولا يُحَدُّ السَّكرانُ بإقرارِهِ على نَفْسِهِ.

(ولا يُحَدُّ السَّكرانُ بإقرارِهِ على نَفْسِهِ[1])؛ لزيادةِ احتمالِ الكذبِ في إقرارِهِ، فَيَحتالُ لِدَرئِهِ؛ لأنَّه خالصُ حقِّ الله تعالى.

بخلاف حدِّ القذفِ؛ لأنَّ فيه حقَّ العبدِ، والسَّكرانُ فيه كالصَّاحي عقوبةً عليه كما في سائر تَصرُّفاته .

ولوِ ارتَدَّ السَّكرانُ لا تَبينُ منه امرأتُهُ؛ لأنَّ الكفرَ من بابِ الاعتقادِ فلا يتحقَّقُ مع السُّكر[2]، واللهُ أعلم.

(١) يعني في الحدود الخالصةِ حقًّا لله تعالى، كالزِّنا وشُربِ الخمرِ والسَّرقةِ؛ لأنَّ الإقرارَ خبرٌ يَحتمِل الكذبَ، فإذا صدر من سكرانَ مِهذارٍ زادَ احتمالُهُ. عناية.

(٢) وفي (أ) زيادة غير موجودة في (ج) و(د)، وهي: «وهذا قولُ أبي حنيفة ومحمد، وفي ظاهرِ الرِّواية تكون ردَّةً».
ويُشكِل على هذه الزيادة ما في فتح القدير من قوله: «لم يُنقل خلافٌ في أنَّه لا يُحكم بكفرِ السَّكرانِ بتكلُّمِهِ».

باب حد القذف

وإذا قَذَفَ الرَّجلُ رَجلاً مُحصَناً أوِ امْرَأةً مُحْصَنَةً بِصَريحِ الزِّنا، وطالَبَ المَقْذُوفُ بِالحَدِّ، حَدَّهُ الحاكِمُ ثَمانينَ سَوْطاً إنْ كانَ حُرّاً، ويُفَرَّقُ على أعضائِهِ، ولا يُجَرَّدُ مِنْ ثِيابِهِ، غَيْرَ أنَّهُ يُنْزَعُ عنهُ الفَرْوُ والحَشْوُ. وإنْ كانَ القاذِفُ عَبْداً جُلِدَ أربعينَ سَوْطاً. والإحصانُ أنْ يَكُونَ المَقذُوفُ حُرّاً عاقِلاً بالِغاً مُسلِماً عَفِيفاً عَنْ فِعْلِ الزِّنا.

(باب) (حد القذف[1])

(وإذا قَذَفَ الرَّجلُ رَجلاً مُحصَناً أوِ امْرَأةً مُحْصَنَةً بِصَريحِ الزِّنا، وطالَبَ المَقْذُوفُ بِالحَدِّ، حَدَّهُ الحاكِمُ ثَمانينَ سَوْطاً إنْ كانَ حُرّاً)؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ﴾ [النُّور: ٤] إلى أن قال: ﴿فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً﴾ [النُّور: ٤] الآية، والمرادُ الرَّميُ بالزِّنا بالإجماع، وفي النَّصِّ إشارةٌ إليه، وهو اشتراطُ أربعةٍ من الشُّهداءِ؛ إذ هو مُختصٌّ بالزِّنا.

ويُشتَرَط مُطالَبةُ المَقذوفِ؛ لأنَّ فيه حقَّه من حيثُ دَفعُ العارِ، وإحصانُ المقذوفِ لِما تلونا.

قال: (ويُفَرَّقُ على أعضائِهِ)؛ لِما مَرَّ في حدِّ الزِّنا، (ولا يُجَرَّدُ مِنْ ثِيابِهِ)؛ لأنَّ سببَه غيرُ مَقطوعٍ به فلا يُقامُ على الشِّدَّة، بخلافِ حدِّ الزِّنا، (غَيْرَ أنَّهُ يُنْزَعُ عنهُ الفَرْوُ والحَشْوُ)؛ لأنَّ ذلك يَمنَعُ إيصالَ الألم به.

(وإنْ كانَ القاذِفُ عَبْداً جُلِدَ أربعينَ سَوْطاً)؛ لِمكان الرِّقِّ.

بيان شروط الإحصان

(والإحصانُ أنْ يَكُونَ المَقذُوفُ حُرّاً عاقِلاً بالِغاً مُسلِماً عَفِيفاً عَنْ فِعْلِ الزِّنا).

- أمَّا الحرِّيَّةُ فلأنَّه يُطلَق عليه اسمُ الإحصان، قال الله تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى

---

(١) القذفُ في اللُّغة: الرَّميُ، وفي اصطلاح الفقهاء: نِسبةُ مَنْ أُحصِن إلى الزِّنا صريحاً أو دلالةً.

وَمَنْ نَفَى نَسَبَ غَيرِهِ فقالَ: «لَسْتَ لأبيكَ» فإنَّهُ يُحَدُّ. ومَنْ قال لِغَيرِهِ في غَضَب: «لَسْتَ بِابنِ فُلانٍ» لأبيهِ الذي يُدْعَى لَهُ، يُحَدُّ، ولو قالَ في غَيرِ غَضَبٍ لا يُحَدُّ. ولو قال: «لستَ بِابنِ فُلانٍ» يَعني: جَدَّهُ، لم يُحَدَّ. ولو قال له: «يا ابنَ الزَّانيَةِ» وأمُّهُ مَيْتَةٌ مُحْصَنةٌ، فَطالَبَ الابنُ بِحَدِّهِ حُدَّ القاذِفُ، ولا يُطالِبُ بِحَدِّ القَذْفِ لِلمَيِّتِ إلَّا مَنْ يَقَعُ القَدْحُ في نَسَبِهِ بِقَذْفِهِ، وهو الوَالِدُ والوَلَدُ. ....

﴿ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النِّساء: ٢٥] أي: الحرائرُ.

- والعقلُ والبلوغُ؛ لأنَّ العارَ لا يُلحَقُ بالصَّبيِّ والمجنونِ؛ لِعَدم تحقُّقِ فِعلِ الزِّنا منهما.

- والإسلامُ لقوله ﷺ: «مَنْ أشرَكَ بالله فليس بِمُحصَن[1]».

- والعِفَّةُ لأنَّ غيرَ العَفيفِ لا يَلحَقُه العارُ، وكذا القاذفُ صادقٌ فيه.

(وَمَنْ نَفَى نَسَبَ غَيرِهِ فقالَ: «لَسْتَ لأبيكَ» فإنَّهُ يُحَدُّ)، وهذا إذا كانت أمُّه حرَّةً مسلمةً، لأنَّه في الحقيقةِ قَذفٌ لأمِّهِ؛ لأنَّ النَّسبَ إنَّما يُنفى عن الزَّاني لا عن غيره.

(ومَنْ قال لِغَيرِهِ في غَضَبٍ: «لَسْتَ بِابنِ فُلانٍ» لأبيهِ الذي يُدْعَى لَهُ، يُحَدُّ. ولو قالَ في غَيرِ غَضَبٍ لا يُحَدُّ)؛ لأنَّ عندَ الغَضَب يُرادُ به حقيقتُهُ سَبّاً له، وفي غيره يُرادُ به المُعاتبةُ بِنَفي مُشابهَتِهِ أباه في أسباب المُروءةِ.

(ولو قال: «لستَ بِابنِ فُلانٍ» يَعني: جَدَّهُ، لم يُحَدَّ)؛ لأنَّه صادقٌ في كلامِهِ، ولو نَسَبه إلى جَدِّه لا يُحدُّ أيضاً؛ لأنَّه قد يُنسب إليه مجازاً.

(ولو قال له: «يا ابنَ الزَّانيَةِ» وأمُّهُ مَيْتَةٌ مُحْصَنةٌ، فَطالَبَ الابنُ بِحَدِّهِ حُدَّ القاذِفُ)؛ لأنَّه قَذَف محصنةً بعد موتها.

(ولا يُطالِبُ بِحَدِّ القَذْفِ لِلمَيِّتِ إلَّا مَنْ يَقَعُ القَدْحُ في نَسَبِهِ بِقَذْفِهِ، وهو الوَالِدُ والوَلَدُ)؛ لأنَّ العارَ يَلتحِقُ به لِمكان الجُزئيَّة، فيكون القذفُ مُتناوِلاً له معنىً.

---

(١) تقدَّم، انظر ص (٤٢٩) ت (٥).

وإذا كان المَقذُوفُ مُحْصَناً جازَ لابنِهِ الكافِرِ والعَبدِ أنْ يُطالِبَ بِالحَدِّ. ....

وعندَ الشَّافعيِّ يَثبُت حقُّ المُطالَبةِ لكلِّ وارثٍ[١]؛ لأنَّ حدَّ القذفِ يُورَثُ عنده على ما نُبيِّن.

وعندنا ولايةُ المُطالبةِ ليست بطريقِ الإرثِ بل لِما ذكرناه، ولهذا يَثبُت عندنا للمَحرُومِ عن الميراثِ بالقَتلِ، ويَثبُت لولَدِ البنتِ كما يَثبُت لولَدِ الابنِ خلافاً لمحمَّد، ويَثبُت لولدِ الولدِ حالَ قيامِ الولدِ خلافاً لزفر.

(وإذا كان المَقذُوفُ مُحْصَناً جازَ لابنِهِ الكافِرِ والعَبدِ أنْ يُطالِبَ بِالحَدِّ)، خلافاً لزفر، هو يقول: القَذفُ يتناولُهُ معنىً لِرُجوع العارِ إليه، وليس طريقُهُ الإرث عندنا، فصار كما إذا كان متناولاً له صورةً ومعنىً[٢].

ولنا: أنَّه عيَّره بِقَذفِ محصَنٍ فيأخذُهُ بالحَدِّ، وهذا لأنَّ الإحصانَ في الذي يُنسَبُ إلى الزِّنا شَرطٌ لِيَقَعَ تَعييراً على الكمال، ثمَّ يرجعُ هذا التَّعييرُ الكاملُ إلى ولدِهِ، والكفرُ لا يُنافي أهليَّةَ الاستحقاقِ[٣].

بخلافِ ما إذا تناولَ القذفُ نفسَهُ؛ لأنَّه لم يُوجَد التَّعييرُ على الكمال؛ لِفَقْدِ الإحصانِ في المنسوب إلى الزِّنا.

---

(١) قال النووي في الروضة (٦/ ٣٠١) الكتب العلمية:
حدُّ القذفِ وتعزيرُهُ حقُّ آدميٍّ، يُورَثُ عنه، ويَسقُطُ بعفوه. وفيمن يَرِثُ حدَّ القذفِ أوجهٌ:
أصحُّها: جميعُ الورثةِ، كالمال والقصاص.
والثاني: جميعُهُم غيرُ الزَّوجين.
والثالث: رجالُ العصبات فقط، لأنَّه لدفعِ العار كولاية التَّزويج. والرَّابع: رجالُ العصبةِ سوى البنين كالتَّزويج. اهـ مختصراً.

(٢) أي: في رجوعِ العار إليه، بأن قذَفَه إنسانٌ بالزِّنا ابتداءً لا يُحدُّ؛ لعدَمِ الإحصانِ؛ لكفرِهِ أو رِقِّهِ، فكذا هذا. بناية.

(٣) أي: استحقاقُ أهليَّةِ الخصومةِ، لأنَّ استحقاقَها باعتبارِ لُحُوق الشَّين، وذلك موجودٌ في الولد الكافرِ والمملوك؛ لأنَّ النِّسبة لا تنقطع بالرِّقِّ والكفر. عناية.

وليسَ لِلعَبْدِ أنْ يُطالِبَ مَولاهُ بِقَذْفِ أمِّهِ الحُرَّةِ، ولا لِلابْنِ أنْ يُطالِبَ أباهُ بِقَذْفِ أمِّهِ الحُرَّةِ المُسلِمَةِ. ومَنْ قَذَفَ غَيْرَهُ فَماتَ المَقْذُوفُ بَطَلَ الحَدُّ، ولو ماتَ بَعْدَما أُقيمَ بَعضُ الحَدِّ بَطَلَ الباقي. ....

(وليسَ لِلعَبْدِ أنْ يُطالِبَ مَولاهُ بِقَذْفِ أمِّهِ الحُرَّةِ، ولا لِلابْنِ أنْ يُطالِبَ أباهُ بِقَذْفِ أمِّهِ الحُرَّةِ المُسلِمَةِ)؛ لأنَّ المولى لا يُعاقَب بسبب عبدِهِ، وكذا الأبُ بسبب ابنِهِ، ولهذا لا يُقادُ الوالدُ بولدِهِ ولا السَّيدُ بعَبدِهِ، ولو كان لها ابنٌ مِنْ غيرِهِ، له أن يُطالِب لتحقُّقِ السَّبب وانعدامِ المانع.

(ومَنْ قَذَفَ غَيْرَهُ فَماتَ المَقْذُوفُ بَطَلَ الحَدُّ)، وقال الشَّافعيُّ[1]: لا يبطل.

(ولو ماتَ بَعْدَما أُقيمَ بَعضُ الحَدِّ بَطَلَ الباقي) عندنا، خلافاً له، بناءً على أنَّه يُورَث عنده، وعندنا لا يُورَث، ولا خلافَ أنَّ فيه حقَّ الشَّرعِ وحقَّ العبدِ، فإنَّه شُرِع لِدَفْع العارِ عن المقذوفِ، وهو الذي يَنتفِعُ به على الخصوص، فمِنْ هذا الوجهِ حقُّ العبدِ، ثمَّ إنَّه شُرِع زاجراً، ومنه سُمِّي حدّاً، والمقصودُ مِنْ شَرعِ الزَّاجرِ إخلاءُ العالَمِ عن الفساد، وهذا آيةُ حقِّ الشَّرع، وبكل ذلك تَشهَدُ الأحكام.

وإذا تعارضتِ الجِهتان، فالشَّافعيُّ مالَ إلى تَغليبِ حقِّ العبدِ، تقديماً لحقِّ العبدِ باعتبارِ حاجتِهِ وغِنَى الشَّرع، ونحن صِرنا إلى تَغليبِ حقِّ الشَّرع؛ لأنَّ ما للعبد من الحقِّ يَتولاه مَولاهُ، فيصيرُ حقُّ العبدِ مَرعيّاً به، ولا كذلك عكسُهُ؛ لأنَّه لا وِلايةَ للعبد في استيفاءِ حُقوقِ الشَّرعِ إلا نيابةً عنه، وهذا هو الأصلُ المشهورُ الذي يتخرَّجُ عليه الفروعُ المُختَلَف فيها:

- منها: الإرثُ، إذ الإرثُ يجري في حُقوقِ العبادِ لا في حُقوقِ الشَّرع.
- ومنها: العَفْوُ فإنَّه لا يصحُّ عفوُ المقذوفِ عندنا ويصحُّ عنده[2].

---

(١) لأنَّ حدَّ القذف يورث عنده كما تقدم في ص (٤٦٦) ت (١).

(٢) انظر في ص (٤٦٦) ت (١) حدُّ القذفِ وتعزيرُهُ حقُّ آدميٍّ.

وَمَنْ أَقَرَّ بالقَذْفِ ثُمَّ رَجَعَ لَمْ يُقْبَلْ رُجُوعُهُ. وَمَنْ قال لِعَربيٍّ: «يا نِبْطِيٌّ» لم يُحَدَّ. وَمَنْ قال لِرَجلٍ: «يا ابنَ ماءِ السَّماءِ» فليسَ بِقاذِفٍ. ....

- ومنها: أنَّه لا يجوز الاعتياضُ عنه ويجري فيه التَّداخلُ[1]، وعنده لا يجري[2].

وعن أبي يوسف في العفوِ مثلُ قولِ الشَّافعي؛ ومِن أصحابنا مَن قال: إنَّ الغالبَ حقُّ العبدِ وخرَّج الأحكامَ، والأوَّلُ أظهر[3].

قال: (وَمَنْ أَقَرَّ بالقَذْفِ ثُمَّ رَجَعَ لَمْ يُقْبَلْ رُجُوعُهُ)؛ لأنَّ للمقذوف فيه حقّاً، فيكذِّبه في الرُّجوعِ، بخلاف ما هو خالصُ حقِّ اللهِ؛ لأنَّه لا مُكذِّبَ له فيه.

(وَمَنْ قال لِعَربيٍّ: «يا نِبْطِيٌّ» لم يُحَدَّ)؛ لأنَّه يُرادُ به التَّشبيهُ في الأخلاقِ أو عدمُ الفصاحة، وكذا إذا قال: «لستَ بعربيٍّ»؛ لما قلنا.

(وَمَنْ قال لِرَجلٍ: «يا ابنَ ماءِ السَّماءِ» فليسَ بِقاذِفٍ)؛ لأنَّه يُرادُ به التَّشبيهُ في الجُودِ والسَّماحةِ والصَّفاءِ؛ لأنَّ ماءَ السَّماء لُقِّبَ به[4] لِصفائه وسَخائه.

---

(١) حتَّى لو قذَفَ شخصاً مرَّاتٍ، أو قذف جماعةً، كان فيه حَدٌّ واحدٌ إذا لم يَتخلَّل حدٌّ بين القَذفين. فتح.

(٢) قال المجموع (٢٠/ ٦٥) دار الفكر: ان قذف جماعة نظرت:

- فإن كانوا جماعةً لا يجوزُ أن يكونوا كلُّهم زناةً، كأهل بغداد لم يجب الحدُّ؛ لأنَّ الحدَّ يجب لنفي العار، ولا عار على المقذوف؛ لأنَّا نقطع بكذبه ويُعزَّر بالكذب.

- وإن كانت جماعةً يجوزُ أن يكونوا كلُّهم زناةً نظرت، فإن كان قد قذَفَ كلَّ واحدٍ منهم على الانفرادِ وجب لكل واحد منهم حدٌّ، وإن قذفهم بكلمة واحدةٍ ففيه قولان، قال في القديم: يجبُ حدٌّ واحدٌ؛ لأنَّ كلمة القذف واحدة، فوجب حدٌّ واحدٌ، كما لو قذف امرأة واحدة. وقال في الجديد: يجب لكلِّ واحدٍ منهم حدٌّ، وهو الصَّحيح؛ لأنَّه ألحق العار بقذفِ كلِّ واحد منهم، فلزمه لكلِّ واحدٍ منهم حدٌّ، كما لو أفرد كلَّ واحدٍ منهم بالقذف. اهـ.

(٣) أي: كون حق الله مغلَّبا أظهر من كون حق العبد مغلبا. بناية.

(٤) أي: بهذا اللَّفظ، و «ماء السَّماء» هو لقب أبي المزيقياء، والمزيقياءُ هو عَمرو بن عامر، لُقِّب بالمزيقياء لأنَّه كان يُمزِّقُ في كلِّ يوم حلَّتين يَلبَسُهما، ويَكرَهُ أن يعودَ فيهما، ويأنفُ أن يَلبَسهما غيرُهُ، وأبوه عامرُ بن حارثة الأزدي كان يُلقَّبُ بـ «ماء السَّماء» لأنَّه وقت القَحطِ كان يُقيم مالَهُ مَقامَ القَطرِ عطاءً وجُوداً. اهـ عناية.

وإنْ نَسَبَهُ إلى عَمِّهِ أو خالِهِ أو إلى زَوْجِ أمِّهِ، فليسَ بِقَذْفٍ. ومَنْ قال لِغَيرِهِ: «زَنأتَ في الجَبلِ»، وقال: عنيتُ صُعُودَ الجبلِ، حُدَّ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يُحَدُّ. ومَنْ قال لآخَرَ: «يا زاني»، فقال: «لا بَلْ أنتَ» فإنَّهما يُحَدَّانِ.

(وإنْ نَسَبَهُ إلى عَمِّهِ أو خالِهِ أو إلى زَوْجِ أمِّهِ، فليسَ بِقَذْفٍ)؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ من هؤلاء يُسمَّى أباً، أمَّا الأوَّل فلقوله تعالى: ﴿نَعْبُدُ إِلَٰهَكَ وَإِلَٰهَ ءَابَآئِكَ إِبْرَٰهِـۧمَ وَإِسْمَٰعِيلَ وَإِسْحَٰقَ﴾ [البقرة: ١٣٣]، وإسماعيلُ كان عمَّاً له، والثَّاني لقوله ﷺ: «الخالُ أبٌ[1]»، والثَّالثُ للتَّربية.

(ومَنْ قال لِغَيرِهِ: «زَنأتَ في الجَبلِ» وقال: عنيتُ صُعُودَ الجبلِ، حُدَّ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يُحَدُّ)؛ لأنَّ المهموزَ منه للصُّعود حقيقةً، قالت امرأةٌ من العرب: «وارْقَ إلى الخيراتِ زَنْأً في الجبل[2]» وذِكرُ الجَبلِ يُقرِّرُهُ مُراداً.

ولهما: أنَّه يُستَعْمَلُ في الفاحشةِ مَهموزاً أيضاً؛ لأنَّ من العرب مَن يَهمِزُ المُلَيَّنَ كما يُلَيِّنُ المَهمُوزَ، وحالَةُ الغَضَبِ والسِّبابِ تُعَيِّنُ الفاحِشَةَ مُراداً بِمَنزلَةِ ما إذا قال: يا زانئ، أو قال: زَنَأت، وذِكرُ الجبلِ إنَّما يُعيِّنُ الصُّعودَ مراداً إذا كان مقروناً بكلمةِ «على» إذ هو المُستَعمَلُ فيه.

ولو قال: «زنأتَ على الجبل» لا يُحدُّ لِما قلنا، وقيل: يحدُّ للمعنى الذي ذكرناه.

(ومَنْ قال لآخَرَ: «يا زاني»، فقال: «لا بَلْ أنتَ» فإنَّهما يُحَدَّانِ)؛ لأنَّ معناه «لا بل أنتَ زانٍ»، إذ هي كَلِمةُ عَطفٍ يُستدرَكُ بها الغَلَطُ، فَيصيرُ الخبرُ المذكورُ في الأوَّلِ مذكوراً في الثَّاني.

---

(١) قال الزيلعي (٣/ ٢٥٣): قلت: حديث غريب، وفي الفردوس لأبي شجاع الديلمي عن عبد الله بن عمرو مرفوعاً: «الخالُ والدُ مَن لا والد له».

(٢) والبيت بكامله كما في لسان العرب مادة «زنأ»:

يُصْبِحُ في مَضْجَعِهِ قَدِ انْجَدَلْ ... وارْقَ إلى الخَيْراتِ زَنْأً في الجَبَلْ.

وَمَنْ قالَ لامرأتِهِ: «يا زانيةُ»، فقالت: «لا، بل أنتَ» حُدَّتِ المرأةُ، ولا لِعانَ، ولو قالت: «زَنَيتُ بِكَ»، فلا حَدَّ ولا لِعانَ. ومَنْ أقرَّ بِوَلَدٍ، ثُمَّ نَفاهُ، فإنَّهُ يُلاعِنُ، وإنْ نَفَاهُ ثُمَّ أقرَّ بِهِ حُدَّ ....

(ومَنْ قالَ لامرأتِهِ: «يا زانيةُ»، فقالت: «لا، بل أنتَ» حُدَّتِ المرأةُ ولا لِعانَ)؛ لأنَّهما قاذفانِ، وقَذفُهُ يُوجِبُ اللِّعانَ وقَذفُها الحَدَّ، وفي البَداءةِ بالحدِّ إبطالُ اللِّعانِ؛ لأنَّ المحدودَ في القذفِ ليس بأهلٍ له، ولا إبطالَ في عكسِهِ أصلاً[1]، فَيُحتالُ لِلدَّرء، إذِ اللِّعانُ في معنى الحَدِّ.

(ولو قالت: «زَنَيتُ بِكَ»، فلا حَدَّ ولا لِعانَ)، معناه: قالت بَعْدَما قال لها: يا زانيةُ؛ لِوُقوعِ الشَّكِّ في كلِّ واحدٍ منهما؛ لأنَّه يَحتمِلُ أنَّها أرادت الزِّنا قبلَ النِّكاحِ، فيجبُ الحَدُّ دونَ اللِّعانِ لِتَصديقِها إيَّاه وانعدامِهِ منه، ويَحتمِلُ أنَّها أرادتْ: «زِنايَ ما كانَ معكَ بعدَ النِّكاحِ؛ لأنِّي ما مَكَّنتُ أحداً غيرَك»، وهو المرادُ في مثلِ هذه الحالةِ، وعلى هذا الاعتبارِ يجبُ اللِّعانُ دونَ الحدِّ على المرأةِ؛ لِوُجودِ القَذفِ منه وعَدَمِه منها، فجاء ما قلنا.

(ومَنْ أقرَّ بِوَلَدٍ، ثُمَّ نَفاهُ، فإنَّهُ يُلاعِنُ)؛ لأنَّ النَّسبَ لَزِمَه بإقراره، وبالنَّفي بَعْدَه صار قاذِفاً فَيُلاعِن، (وإنْ نَفاهُ ثُمَّ أقرَّ بِهِ حُدَّ)؛ لأنَّه لـمَّا أكذَبَ نفسَهُ بَطَل اللِّعانُ [دونَ الحدِّ][2]؛ لأنَّه حَدٌّ ضروريٌّ صِيرَ إليه ضرورةَ التَّكاذُبِ، والأصلُ فيه حَدُّ القَذف، فإذا بَطَلَ التَّكاذُبُ يُصارُ إلى الأصل، وفيه خلافٌ ذكرناه في اللِّعان.

---

(١) يعني: لو قدَّمنا اللِّعان لا يَبطُل حدُّ القذفِ عن المرأة؛ لأنَّ إحصان الرَّجل لا يَبطُل بجريان اللِّعان بينهما، غايةُ ما في الباب أنَّ اللِّعان في حقِّ الرَّجل قائمٌ مقامَ حدِّ القذفِ، ولكن لا يخرج به عن أن يكون عفيفاً عن فعل الزِّنا، فيجب حدُّ القذفِ على المرأة احتيالاً لدرءِ اللِّعان الذي هو بمعنى الحدِّ.

(٢) زيادة من (ج).

والوَلَدُ وَلَدُهُ، وإنْ قال: «ليس بِابْنِي، ولا بِابْنِكِ» فلا حَدَّ ولا لِعانَ. ومَنْ قَذَفَ امرأةً ومَعَها أولادٌ لَمْ يُعْرَفْ لهم أبٌ، أو قَذَفَ المُلاعَنَةَ بِوَلَدٍ والوَلَدُ حَيٌّ، أو قَذَفَها بَعْدَ مَوتِ الوَلَدِ فَلا حَدَّ عليهِ. ولو قَذَفَ امرأةً لاعَنَتْ بِغيرِ وَلَدٍ، فَعَلَيهِ الحَدُّ. ومَنْ وَطِئَ وَطْئاً حَراماً في غَيرِ مِلْكِهِ لَمْ يُحَدَّ قاذِفُهُ، ....

(والوَلَدُ وَلَدُهُ) في الوجهين؛ لإقرارِهِ به سابقاً أو لاحقاً[1]، واللِّعانُ يصحُّ بدونِ قَطعِ النَّسبِ، كما يصحُّ بدونِ الولدِ.

(وإنْ قال: «ليس بِابْنِي، ولا بِابْنِكِ» فلا حَدَّ ولا لِعانَ)؛ لأنَّه أنكَرَ الوِلادةَ، وبه لا يَصيرُ قاذفاً.

(ومَنْ قَذَفَ امرأةً ومَعَها أولادٌ لَمْ يُعْرَفْ لهم أبٌ، أو قَذَفَ المُلاعَنَةَ بِوَلَدٍ والوَلَدُ حَيٌّ، أو قَذَفَها بَعْدَ مَوتِ الوَلَدِ فَلا حَدَّ عليهِ)؛ لقيامِ أمارةِ الزِّنا منها، وهي ولادةُ ولدٍ لا أبَ له، ففاتَتِ العِفَّةُ نظراً إليها، وهي شرطُ الإحصان.

(ولو قَذَفَ امرأةً لاعَنَتْ بِغيرِ وَلَدٍ، فَعَلَيهِ الحَدُّ)؛ لانعدامِ أمارةِ الزِّنا.

قال: (ومَنْ وَطِئَ وَطْئاً حَراماً في غَيرِ مِلْكِهِ لَمْ يُحَدَّ قاذِفُهُ)؛ لِفَواتِ العِفَّة، وهي شرطُ الإحصان، ولأنَّ القاذفَ صادقٌ.

والأصلُ فيه: أنَّ من وَطِئ وَطئاً حراماً لِعَينِهِ لا يَجِب الحَدُّ بِقَذفِه؛ لأنَّ الزِّنا هو الوطءُ المُحرَّم لِعَينِهِ، وإنْ كان مُحرَّما لِغَيره يُحدُّ لأنَّه ليس بزناً، فالوطءُ في غيرِ المِلك من كلِّ وجهٍ أو من وجهٍ حرامٌ لِعَينِهِ[2]، وكذا الوطءُ في المِلْك والحرمةُ مُؤبَّدةٌ، فإن كانت الحُرمةُ مُؤقَّتةً فالحرمةُ لِغَيره، وأبو حنيفة يَشتَرِطُ أن تكون الحُرمةُ المُؤبَّدةُ ثابتةً بالإجماعِ أو بالحديث

---

(١) أي: لإقرارِ الزَّوجِ بالوَلَدِ سابقاً على النَّفي فيما إذا أقرَّ ثمَّ نفى، أو لاحقاً فيما إذا نفاه ثمَّ أقرَّ به. عناية.

(٢) قوله: «من كلِّ وجهٍ» وذلك كوطءِ الأجنبيَّة، وقوله: «من وَجهٍ» وذلك كوطءِ الجاريةِ المُشتَرَكةِ بينه وبينَ غيرِه.

وبيانُهُ: أنَّ مَنْ قَذَفَ رَجلاً وَطِئَ جاريةً مُشْتَرَكَةً بَينَهُ وبينَ آخَرَ، فلا حَدَّ عليه. وكذا إذا قَذَفَ امرأةً زَنَتْ في نَصْرَانِيَّتِها. ولو قَذَفَ رَجُلاً أتى أَمَتَهُ وهي مَجُوسِيَّةٌ، أو امرأتَهُ وهي حائِضٌ، أو مُكاتَبَةً لَهُ، فَعَلَيهِ الحَدُّ. ولو قَذَفَ رَجُلاً وَطِئَ أَمَتَهُ وهِيَ أُخْتُهُ مِنَ الرَّضاعَةِ لا يُحَدُّ. ولو قَذَفَ مُكاتَباً ماتَ وتَرَكَ وَفاءً، لا حَدَّ عليه. ....

المشهور[1]؛ لتكون ثابتةً من غير تَردُّد.

(وبيانُهُ: أنَّ مَنْ قَذَفَ رَجلاً وَطِئَ جاريةً مُشْتَرَكَةً بَينَهُ وبينَ آخَرَ، فلا حَدَّ عليه)؛ لانعدام المِلْكِ من وجهٍ، (وكذا[2] إذا قَذَفَ امرأةً زَنَتْ في نَصْرَانِيَّتِها)؛ لِتحقُّقِ الزِّنا منها شرعاً؛ لانعدام المِلكِ، ولهذا وَجَبَ عليها الحدُّ.

(ولو قَذَفَ رَجُلاً أتى أَمَتَهُ وهي مَجُوسِيَّةٌ، أو امرأتَهُ وهي حائِضٌ، أو مُكاتَبَةً لَهُ، فَعَلَيهِ الحَدُّ)؛ لأنَّ الحُرمةَ مع قيام المِلكِ، وهي مُؤقَّتةٌ، فكانت الحرمةُ لِغَيرِهِ فلم يكن زِناً.

وعن أبي يوسف: أنَّ وَطْءَ المُكاتَبةِ يُسقِطُ الإحصانَ، وهو قولُ زفر؛ لأنَّ المِلكَ زائلٌ في حقِّ الوطءِ، ولهذا يَلزَمُه العُقْرُ بالوطء.

ونحن نقول: مِلكُ الذَّاتِ باقٍ والحُرمةُ لِغَيره إذ هي مؤقَّتة.

(ولو قَذَفَ رَجُلاً وَطِئَ أَمَتَهُ وهِيَ أُخْتُهُ مِنَ الرَّضاعَةِ لا يُحَدُّ)؛ لأنَّ الحرمةَ مُؤبَّدةٌ، وهذا هو الصَّحيح.

(ولو قَذَفَ مُكاتَباً ماتَ وتَرَكَ وَفاءً، لا حَدَّ عليه)؛ لِتَمكُّنِ الشُّبهةِ في الحرِّيَّة؛ لِمَكان اختلاف الصَّحابة[3].

---

(١) وذلك كموطوءة الأبِ بعد مِلكِ النِّكاحِ أو مِلكِ اليمينِ إذا اشتراها ابنُهُ فَوَطِئها، لا يُحدُّ قاذِفُهُ، أو بالحديث المشهور وذلك كحرمةِ وَطءِ المَنكوحةِ بلا شهودٍ، فإنَّها ثابتةٌ بقوله ﷺ: «لا نكاحَ إلَّا بالشُّهودِ» وهو مشهور. عناية.

(٢) أي: لا حدَّ على القاذفِ إذا قذف امرأةً ... إلخ.

(٣) يعني: في أنَّه ماتَ حرّاً أو عبداً، على ما يجيءُ في كتاب المكاتَبِ إن شاء الله تعالى. عناية.

ولو قَذَفَ مَجُوسِيّاً تَزَوَّجَ بِأُمِّهِ ثُمَّ أسلَمَ، يُحَدُّ عند أبي حنيفة. وقالا: لا حَدَّ عليه. وإذا دَخَلَ الحَربِيُّ دارَنا بِأمانٍ، فَقَذَفَ مُسلِماً حُدَّ. وإذا حُدَّ المُسلِمُ في قَذفٍ سَقَطَتْ شَهادَتُهُ وإنْ تابَ، وإذا حُدَّ الكافِرُ في قَذْفٍ لم تَجُزْ شَهادَتُهُ على أهلِ الذِّمَّةِ، فإنْ أسْلَمَ قُبِلَتْ شَهادَتُهُ عليهم وعلى المُسلِمِينَ. ....

(ولو قَذَفَ مَجُوسِيّاً تَزَوَّجَ بِأُمِّهِ ثُمَّ أسلَمَ، يُحَدُّ عند أبي حنيفة. وقالا: لا حَدَّ عليه)، وهذا بناء على أنَّ تَزوُّجَ المَجوسيِّ بالمحارِمِ له حُكمُ الصِّحَّةِ فيما بينهم عنده، خلافاً لهما، وقد مرَّ في النكاح[1].

(وإذا دَخَلَ الحَربِيُّ دارَنا بِأمانٍ، فَقَذَفَ مُسلِماً حُدَّ)؛ لأنَّ فيه حقَّ العبدِ، وقد التَزَم إيفاءَ حقوقِ العبادِ، ولأنَّه طَمِعَ في أنْ لا يُؤذَى فيكونُ مُلتزِماً أن لا يُؤذِي، ومُوجَبُ أذاه الحَدُّ.

(وإذا حُدَّ المُسلِمُ في قَذفٍ سَقَطَتْ شَهادَتُهُ وإنْ تابَ)، وقال الشَّافعيُّ[2]: تُقبل إذا تاب، وهي تُعرَف في الشَّهادات.

(وإذا حُدَّ الكافِرُ في قَذْفٍ لم تَجُزْ شَهادَتُهُ على أهلِ الذِّمَّةِ)؛ لأنَّ له الشَّهادةَ على جنسِهِ، فَتُردُّ تتمَّةً لحدِّه، (فإنْ أسْلَمَ قُبِلَتْ شَهادَتُهُ عليهم وعلى المُسلِمِينَ)؛ لأنَّ هذه شهادةٌ استفادها بعد الإسلام، فلم تدخل تحت الرَّدِّ.

بخلافِ العبدِ إذا حُدَّ حَدَّ القَذفِ ثُمَّ أُعتِق حيثُ لا تُقبَلُ شهادتُهُ؛ لأنَّه لا شهادةَ له أصلاً في حال الرِّقِّ، فكان رَدُّ شهادتِهِ بعد العتقِ من تمام حدِّهِ.

---

(١) أي: في باب نكاح أهل الشِّرك.

(٢) قال الشافعي في الأم (٨/ ٢٠٠) ط دار الوفاء: أمر الله ﷻ أن يُضرَب القاذف ثمانين، ولا تُقبَلَ له شهادةٌ أبداً، وسمَّاه فاسقاً، إلا أن يتوبَ، فقلنا: يلزم أن يُضرَبَ ثمانين، وأن لا تقبل له شهادةٌ، وأن يكون عندنا في حالِ مَن سُمِّي بالفسق إلا أن يتوب، فإذا تاب قُبِلت شهادتُهُ وخرج من أن يكونَ في حال من سُمِّي بالفسق. اهـ.

وإنْ ضُرِبَ سَوْطاً في قَذْفٍ ثُمَّ أسْلَمَ، ثُمَّ ضُرِبَ ما بَقِيَ جازَتْ شَهادَتُهُ. ومَنْ قذف أو زَنَى أو شَرِبَ غَيْرَ مَرَّةٍ فَحُدَّ، فَهُوَ لِذَلكَ كُلِّهِ.

(وإنْ ضُرِبَ سَوْطاً في قَذْفٍ ثُمَّ أسْلَمَ، ثُمَّ ضُرِبَ ما بَقِيَ جازَتْ شَهادَتُهُ)؛ لأنَّ ردَّ الشَّهادةِ مُتمِّمٌ للحدِّ، فيكون صفةً له، والمُقامُ بعد الإسلام بعضُ الحدِّ، فلا يكون ردُّ الشَّهادة صفةً له.

وعن أبي يوسف: أنَّه تُردُّ شهادتُهُ إذِ الأقلُّ تابعٌ للأكثرِ، والأوَّلُ أصحُّ.

قال: **(ومَنْ قذف أو زَنَى أو شَرِبَ غَيْرَ مَرَّةٍ فَحُدَّ، فَهُوَ لِذَلكَ كُلِّهِ)**، أمَّا الآخرانِ فلأنَّ المَقصِد من إقامةِ الحَدِّ حقًّا لله تعالى الانزجارُ، واحتمالُ حصولِهِ بالأوَّل قائمٌ، فتتمكَّنُ شبهةُ فَواتِ المقصودِ في الثَّاني.

وهذا بخلاف ما إذا زَنَى وقَذَف وسَرَق وشَرِب؛ لأنَّ المقصودَ من كلِّ جنسٍ غيرُ المقصودِ من الآخر، فلا يَتَداخل.

وأمَّا القذفُ فالمُغَلَّبُ فيه عندنا حقُّ الله، فيكون مُلحَقاً بهما.

وقال الشَّافعيُّ[1]: إنِ اختَلَف المَقذوفُ أو المَقذوفُ به، وهو الزِّنا، لا يَتداخَلُ؛ لأنَّ المُغَلَّب فيه حقُّ العبدِ عنده.

---

(١) انظر ص (٤٦٨) ت (٢).

فصل في التعزير

ومَنْ قَذَفَ عبداً أو أمَةً أو أمَّ وَلَدٍ أو كافراً بِالزِّنا عُزِّرَ، وكذا إذا قَذَفَ مُسلِماً بِغَيرِ الزِّنا فقال: «يا فاسِقُ، أو يا كافِرُ، أو يا خَبيثُ، أو يا سارِقُ»، ولو قال: «يا حمارُ، أو يا خِنْزِيرُ» لم يُعَزَّرْ. ....

(فصل في التعزير)[1]

(ومَنْ قَذَفَ عبداً أو أمَةً أو أمَّ وَلَدٍ أو كافراً بِالزِّنا عُزِّرَ)؛ لأنَّه جنايةُ قَذفٍ، وقد امتَنَعَ وُجوبُ الحدِّ لِفَقدِ الإحصان، فوجب التَّعزيرُ.

(وكذا إذا قَذَفَ مُسلِماً بِغَيرِ الزِّنا فقال: «يا فاسِقُ، أو يا كافِرُ، أو يا خَبيثُ، أو يا سارِقُ»)؛ لأنَّه آذاهُ وألحَقَ الشَّينَ به، ولا مُدخَل للقياس في الحدودِ، فوجب التَّعزيرُ، إلَّا أنَّه يَبلُغُ بالتَّعزير غايَتَهَ في الجنايةِ الأولى؛ لأنَّه من جنس ما يَجِبُ به الحدُّ، وفي الثَّانية الرَّأيُ إلى الإمام.

(ولو قال: «يا حمارُ، أو يا خِنْزِيرُ» لم يُعَزَّرْ)؛ لأنَّه ما ألحَقَ الشَّين به، لِلتَّيقُّن بِنَفيه. وقيل: في عُرفِنا يُعزَّرُ لأنَّه يُعدُّ شَيناً، وقيل: إن كان المَسبوبُ من الأشرافِ كالفُقهاءِ والعَلَويَّة يُعزَّرُ؛ لأنَّه يَلحَقُهم الوَحشةُ بذلك، وإن كان من العامَّة لا يُعزَّرُ، وهذا أحسن.

والتَّعزيرُ أكثَرُهُ تسعةٌ وثلاثون سَوطاً، وأقلُّهُ ثلاثُ جَلَدات. وقال أبو يوسف: يَبلُغ بالتَّعزير خمسةً وسبعين سوطاً.

والأصلُ فيه قولُه ﷺ: «مَن بَلَغ حدّاً في غيرِ حدٍّ فهو من المُعتدين[2]»، وإذا تَعذَّر

---

(١) التعزير: هو تأديبٌ دونَ الحدِّ، وأصلُهُ من العَزْر، بمعنى الرَّدِّ والرَّدع، والأصلُ في هذا أنَّ مَن قَذَف غيره بكبيرة ليس فيها حدٌّ مُقدَّرٌ يجب التَّعزير.

(٢) قال الزيلعي (٣/ ٣٥٤): أخرجه البيهقيُّ عن خالد بن الوليد عن النُّعمان بن بشير، قال: المَحفوظُ مرسَلٌ، قال في التَّنقيح: ورواه ابن ناجية في فوائده، عن النُّعمان بن بشير قال: قال رسول الله ﷺ: «مَن بَلَغَ حدّاً ...»، الحديث، ورواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار مرسلاً، فقال: أخبرنا مِسعَر بن =

وإنْ رأى الإمامُ أنْ يَضُمَّ إلى الضَّرْبِ في التَّعزيرِ الحَبْسَ فَعَلَ. وأشَدُّ الضَّربِ التَّعزِيرُ، ثُمَّ حَدُّ الزِّنا، ....

تبليغُهُ حدًّا فأبو حنيفة ومحمد نَظَرا إلى أدنى الحَدِّ، وهو حدُّ العبدِ في القذفِ، فَصَرفاه إليه، وذلك أربعون سوطاً، فَنَقَصا منه سَوطاً. وأبو يوسف اعتَبَرَ أقَلَّ الحدِّ في الأحرار، إذ الأصلُ هو الحُرِّيَّة، ثمَّ نَقَص سَوطاً في روايةٍ عنه، وهو قولُ زفر، وهو القياس، وفي هذه الرِّواية نَقَصَ خمسةً، وهو مأثور عن عليٍّ[1]، فقَلَّده.

ثمَّ قدَّر الأدنى في الكتاب بثلاثِ جَلَداتٍ، لأنَّ ما دونَها لا يقع به الزَّجرُ، وذَكَرَ مشايخُنا أنَّ أدناه على ما يَراهُ الإمامُ، فَيُقدَّرُ بِقَدْرِ ما يَعلَمُ أنَّه يَنزَجِرُ؛ لأنَّه يختلفُ باختلاف النَّاس.

وعن أبي يوسف أنَّه على قَدْرِ عِظَم الجُرْمِ وصِغَره، وعنه: أنْ يُقرِّبُ كلَّ نوع من بابه؛ فَيُقرِّبُ المَسَّ والقُبلةَ من حَدِّ الزِّنا، والقَذْفَ بِغَير الزِّنا من حدِّ القذفِ.

قال: (وإنْ رأى الإمامُ أنْ يَضُمَّ إلى الضَّرْبِ في التَّعزيرِ الحَبْسَ فَعَلَ)؛ لأنَّه صَلُح تعزيراً، وقد ورد الشَّرع به في الجملة، حتَّى جاز أن يكتفي به فجاز أن يُضَمَّ إليه، ولهذا لم يُشرَعْ في التَّعزيرِ بالتُّهمةِ قبلَ ثُبوتِهِ كما شُرع في الحدِّ؛ لأنَّه من التَّعزير.

قال: (وأشَدُّ الضَّربِ التَّعزِيرُ)؛ لأنَّه جَرَى التَّخفيفُ فيه من حيثُ العددُ، فلا يُخفَّفُ من حيثُ الوصفُ، كي لا يُؤدِّي إلى فواتِ المَقصودِ، ولهذا لم يُخفَّفْ من حيثُ التَّفريقُ على الأعضاء.

قال: (ثُمَّ حَدُّ الزِّنا)؛ لأنَّه ثابتٌ بالكتاب، وحَدُّ الشُّربِ ثبَتَ بقول الصَّحابةِ،

= كدام، أخبرني الوليد بن عثمان، عن الضَّحَّاك بن مُزاحم، قال: قال رسول الله ﷺ: «مَن بلَغَ حدًّا ...» الحديث.

(1) قال الزيلعي (٣/ ٣٥٤): غريبٌ، ذكره البغويُّ في شرح السنَّةِ، عن ابن أبي ليلى، والله أعلم.

ثُمَّ حَدُّ الشُّرْبِ، ثمَّ حَدُّ القَذْفِ. ومَنْ حَدَّهُ الإمامُ أو عَزَّرَهُ فماتَ فَدَمُهُ هَدْرٌ.

ولأنَّه أعظمُ جِنايةً حتَّى شُرِع فيه الرَّجم، (ثُمَّ حَدُّ الشُّربِ)؛ لأنَّ سببه مُتيقَّنٌ به، (ثُمَّ حَدُّ القَذْفِ) لأنَّ سببه مُحتَمِل لاحتمالِ كونِهِ صادقاً، ولأنَّه جرى فيه التَّغليظُ من حيثُ رَدُّ الشَّهادة، فلا يُغلَّظ من حيثُ الوصفُ.

(ومَنْ حَدَّهُ الإمامُ أو عَزَّرَهُ فماتَ فَدَمُهُ هَدْرٌ)؛ لأنَّه فَعَلَ ما فَعَلَ بِأمْرِ الشَّرع، وفِعلُ المأمورِ لا يتقيَّدُ بِشَرطِ السَّلامةِ كالفَصَّاد والبَزَّاغ، بخلاف الزَّوجِ إذا عزَّرَ زوجَتَه لأنَّه مُطلَقٌ فيه[1]، والإطلاقاتُ تتقيَّدُ بِشَرطِ السَّلامةِ، كالمرور في الطَّريق .

وقال الشَّافعيُّ[2]: تَجِب الدِّيةُ في بيت المال؛ لأنَّ الإتلافَ خطأٌ فيه، إذِ التَّعزيرُ للتَّأديبِ غيرَ أنَّه تجبُ الدِّيةُ في بيتِ المالِ؛ لأنَّ نَفْعَ عملِهِ يرجعُ على عامَّةِ المسلمين، فيكون الغُرمُ في مالِهِم.

---

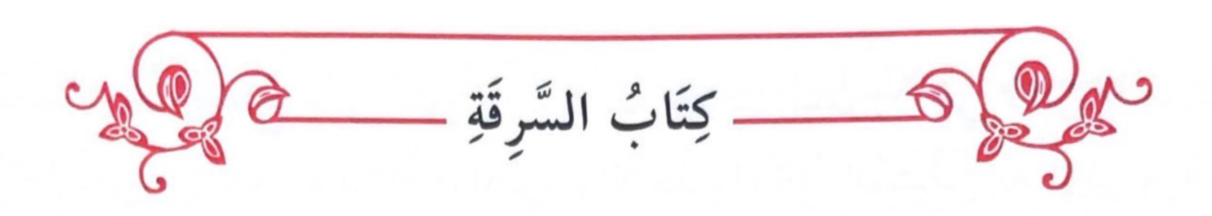
(١) أي: مباح فعله. بناية.

(٢) قال النووي في الروضة (٧/ ٣٨٤-٣٨٩) الكتب العلمية: باب في ضمان يلزم الولاة بتصرُّفاتهم وفيه طرفان، الأوَّل: في مُوجِب الضَّمان، والثاني في محله.
أمَّا الأوَّل: فما يُفضي إلى الهلاك من التَّصرُّفات المُتعلِّقة بالولاة أنواع:
أحدها: التَّعزير، فإذا مات منه المُعزَّر، وجب ضمانُهُ، لأنه تبيَّن بالهلاك أنَّه جاوز الحدَّ المَشروعَ، وحُكي وجهٌ أنَّه لا ضمان إذا عُزِّر لحقِّ الآدمي، بناءً على أنَّه واجبٌ إذا طَلَب المُستحِقُّ، فصار كالحدِّ، والصَّحيحُ الأول. والضَّمانُ في حقِّ الإمام هل هو على عاقلته أم في بيت المال؟ فيه خلاف، سيأتي.
ثانيها: الحدُّ، والحدود في غير الشُّرب مقدَّرةٌ بالنَّصِّ، فمن مات منها، فالحقُّ قتلُهُ، فلا ضمان، لكن لو أقيم الحَدُّ في حرٍّ أو بردٍ مُفرِطَين، ففي الضَّمانِ خلافٌ، والمذهبُ أنَّه لا ضمانَ أيضاً.
الطرف الثاني : في محل ضمان إتلاف الإمام، الضَّمانُ الواجب بخطئه في الأحكام وإقامةِ الحدود، هل هو على عاقلته، أم في بيت المال؟ قولان، أظهَرُهما على عاقلته. فإن قلنا : على العاقلة، فالكفَّارةُ في ماله، وإن قلنا : على بيت المال، فهل الكفارة في بيت المالِ أم في ماله؟ وجهان. اهـ مختصراً، والمسألة فيها تفصيل، ولها تفريعات انظرها إن شئت.

قلنا: لمَّا استوفى حقَّ الله تعالى بأمرِهِ صار كأنَّ الله أماتَهَ من غير واسطةٍ، فلا يجبُ الضَّمان.



كتاب السرقة



كِتَابُ السَّرِقَةِ

وإذا سَرَقَ العاقِلُ البالِغُ عَشَرَةَ دَراهِمَ، أو ما يَبْلُغُ قِيمَتُهُ عَشَرَةَ دراهِمَ مَضرُوبَةٍ، مِنْ حِرْزٍ لا شُبْهَةَ فيهِ وَجَبَ القَطْعُ. ....

(كتاب السرقة)

السَّرقةُ في اللُّغة: أخذُ الشَّيءِ من الغَيرِ على سبيلِ الخُفيةِ والاسْتِسْرارِ، ومنه استراقُ السَّمعِ، قال الله تعالى: ﴿إِلَّا مَنِ ٱسْتَرَقَ ٱلسَّمْعَ﴾ [الحجر: ١٨]، وقد زِيدَت عليه أوصافٌ في الشَّريعة على ما يأتيك بيانه إن شاء الله تعالى. والمعنى اللُّغويُّ مُراعىً فيها ابتداءً وانتهاءً، أو ابتداءً لا غير، كما إذا نَقَب الجِدارَ على الاسْتِسْرار وأخَذَ المالَ من المالك مُكابرةً على الجهار.

وفي الكبرى - أعني: قَطْع الطَّريق - مسارَقةُ عَينِ الإمام؛ لأنَّه هو المُتصدِّي لِحفْظِ الطَّريقِ بأعوانه. وفي الصُّغرى مُسارَقةُ عينِ المالكِ أو مَن يقومُ مَقامَه.

قال: (وإذا سَرَقَ العاقِلُ البالِغُ عَشَرَةَ دَراهِمَ، أو ما يَبْلُغُ قِيمَتُهُ عَشَرَةَ دراهِمَ مَضرُوبَةٍ، مِنْ حِرْزٍ لا شُبْهَةَ فيهِ وَجَبَ القَطْعُ)، والأصلُ فيه قولُه تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المَائدة: ٣٨] الآية.

ولا بدَّ من اعتبارِ العقلِ والبلوغِ؛ لأنَّ الجنايةَ لا تتحقَّقُ دُونَهما، والقطعُ جزاءُ الجنايةِ، ولا بدَّ من التَّقديرِ بالمالِ الخَطيرِ؛ لأنَّ الرَّغباتِ تَفتُرُ في الحقيرِ، وكذا أخذُهُ لا يخفى فلا يَتحقَّقُ رُكنُه ولا حِكمةُ الزَّجرِ؛ لأنَّها فيما يَغلِبُ.

والتَّقديرُ بِعَشرةِ دراهم مَذهبُنا. وعند الشَّافعيِّ[1] التَّقدير بِرُبعِ دينارٍ. ....

---

(١) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (١٩٦/٤) دار الفكر: (يُشتَرَطُ لوجوبِهِ) أي: القَطعِ (في المسروق أمورٌ) الأوَّل: (كونُهُ رُبعَ دينارٍ) فأكثر، ولو كان الرُّبعُ لجماعة. ثمَّ وَصَفَ ربعَ =

وعند مالك[1] رَحِمَهُ ٱللَّهُ بثلاثة دراهم.

لهما: أنَّ القطعَ على عهدِ رسولِ الله ﷺ ما كان إلَّا في ثَمَن المِجَنِّ[2]، وأقلُّ ما نُقِل في تقديرِهِ ثلاثةُ دراهم، والأخذُ بالأقلِّ المُتيقَّنِ به أولى، غيرَ أنَّ الشَّافعيَّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ يقول: كانت قيمةُ الدِّينارِ على عهدِ رسولِ الله ﷺ اثني عشر درهما، والثَّلاثةُ رُبعُها.

ولنا: أنَّ الأخذَ بالأكثرِ في هذا الباب أولى احتيالاً لِدَرء الحدِّ، وهذا لأنَّ في الأقلِّ شبهةَ عدمِ الجناية، وهي دارئةٌ للحدِّ، وقد تأيَّد ذلك بقولِهِ ﷺ: «لا قَطْعَ إلَّا في دينارٍ، أو عشرةِ دراهم[3]»، واسمُ الدَّراهم يَنطلِق على المُضروبةِ

= الدِّينار بكونه (خالصاً)؛ لأنَّ الرُّبعَ المغشوش ليس بربع دينارٍ حقيقةً، فإن كان في المغشوش ربعٌ خالصٌ وجَبَ القطعُ، ونبَّه بقوله: (أو قِيمَتَه)، على أنَّ الأصلَ في التَّقويمِ هو الذَّهب الخالصُ، حتَّى لو سرق دراهمَ أو غيرها قُوِّمت به. اهـ.

(1) مذهب المالكيَّة: أنَّ اليدَ تُقطَعُ بسرقةِ (رُبعِ دينارٍ) شرعيٍّ، (أو ثلاثةِ دراهم) شرعيَّة، (خالصةٍ) من الغِشِّ، كانت لشخصٍ أو أكثر، (أو) بسرقةِ (ما يُساويها) من العُروضِ والحيوان. اهـ الشرح الكبير المطبوع على هامش حا الدسوقي (٤/ ٣٣٣).

(2) أخرج البخاري في الحدود، باب: قول الله تعالى ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المَائدة: ٣٨]، وفي كم يقطع (٦٤١٠)، ومسلم في الحدود، باب: حد السرقة ونصابها (١٦٨٥) عن عائشة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهَا قالت: لم تُقطَعْ يَدُ سارقٍ على عهدِ النَّبيِّ ﷺ في أدنى من ثَمنِ المِجَنِّ، تُرْس أو حَجَفَة، وكان كلُّ واحدٍ منهما ذا ثَمَن.

(3) قال الزيلعي (٣/ ٣٥٥): رواه الطحاوي في شرح الآثار عن أيمن ابنِ أمِّ أيمن عن أمِّه أمِّ أيمن قالت: قال رسول الله ﷺ: «لا تُقطَعُ يدُ السَّارقِ إلَّا في حَجَفَة»، وقُوِّمَت يومئذٍ على عهدِ رسول الله ﷺ ديناراً، أو عشرة دراهم. انتهى

وأخرج أبو داود في الحدود، باب: ما يقطع فيه السارق (٤٣٨٧) عن ابن عباس قال: قَطَعَ رسول الله ﷺ يَدَ رجلٍ في مِجَنٍّ قيمَتُهُ دينارٌ أو عشَرَةُ دراهم.

وأخرج ابن أبي شيبة في الحدود، باب: في السارق من قال يقطع في أقل من عشرة دراهم (٢٨٠٩٠) عن عمرو بن شُعَيب عن أبيه عن جدِّه قال: سمعتُ النَّبيَّ ﷺ يقول: «القَطعُ في ثَمَنِ المِجَنِّ».

وأخرج الطبراني في الأوسط (٧/ ١٥٥) (٧١٤٢) عن عبد الله بن مسعود عن النبي ﷺ قال: «لا قَطْعَ =

والعَبدُ والحُرُّ في القَطْعِ سَواءٌ، ويَجِبُ القَطْعُ بإقرارِهِ مَرَّةً واحِدَةً، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا يُقْطَعُ إلَّا بالإقْرارِ مَرَّتَينِ. ....

عُرفاً، فهذا يُبيِّن لك اشتراطَ المَضروبِ كما قال في الكتاب، وهو ظاهرُ الرِّواية، وهو الأصحُّ رعايةً لكمالِ الجنايةِ، حتَّى لو سَرَق عشرةً تِبراً قيمتُها أنقَصُ من عشرةٍ مَضروبةٍ لا يجبُ القطعُ، والمُعتبَرُ وزنُ سبعةِ مثاقيل؛ لأنَّه هو المُتعارَفُ في عامَّة البلاد.

وقوله: «أو ما يَبلُغ قيمَتُه عشَرَةَ دراهم» إشارةٌ إلى أنَّ غيرَ الدَّراهمِ تُعتبَر قيمَتُه بها وإن كان ذهباً.

ولا بدَّ من حِرزٍ لا شبهةَ فيه؛ لأنَّ الشَّبهةَ دارئةٌ، وسنبيِّنُه من بعدُ إن شاء الله تعالى.

قال: (والعَبدُ والحُرُّ في القَطْعِ سَواءٌ)؛ لأنَّ النَّصَّ لم يُفصِّل، ولأنَّ التَّنصيفَ [في القطع][1] متعذِّرٌ فَيتكامَلُ صيانةً لأموالِ النَّاس.

(ويَجِبُ القَطْعُ بإقرارِهِ مَرَّةً واحِدَةً، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا يُقْطَعُ إلَّا بالإقْرارِ مَرَّتَينِ)، وروي عنه أنَّهما في مَجلِسينِ مُختَلِفَين؛ لأنَّه إحدى الحُجَّتين، فَيُعتبَرُ بالأخرى، وهي البيِّنةُ، كذلك اعتبرنا في الزِّنا.

= إلَّا في عشرةِ دراهم».

وأخرج الطبراني في الكبير (٩/ ٣٥١) (٩٧٦٣)، وابن أبي شيبة في الحدود، باب: من قال لا تقطع في أقل من عشرة دراهم (٢٨١٠٦)، وعبد الرزاق في اللقطة، باب: في كم تقطع يد السارق (١٨٩٥٠) عن ابن مسعود قال: لا تُقطَع اليدُ إلَّا في دينارٍ أو عشرةِ دراهم.

(١) زيادة من (ج).

ويَجِبُ بِشَهادةِ شاهِدَينِ. وإذا اشْتَرَكَ جَماعةٌ في سَرِقَةٍ، فَأصابَ كُلَّ واحدٍ منهم عَشَرَةُ دراهمَ قُطِعَ، وإنْ أصابَهُ أقلُّ لا يُقْطَعُ.

ولهما: أنَّ السَّرقةَ قد ظَهَرت بالإقرار مرَّةً فَيُكتفى به كما في القِصاصِ وحَدِّ القَذفِ، ولا اعتبارَ بالشَّهادةِ؛ لأنَّ الزِّيادةَ تُفيد فيها تقليلَ تُهمةِ الكذبِ، ولا تُفيدُ في الإقرار شيئاً؛ لأنَّه لا تُهمةَ.

وبابُ الرُّجوعِ[1] في حقِّ الحدِّ لا يَنسدُّ بالتَّكرار، والرُّجوعُ في حقِّ المال لا يصحُّ أصلاً؛ لأنَّ صاحبَ المالِ يُكذِّبُه.

واشتراطُ[2] الزِّيادةِ في الزِّنا بخلافِ القياسِ، فَيُقتَصَر على مَورِدِ الشَّرعِ.

قال: (ويَجِبُ بِشَهادةِ شاهِدَينِ)؛ لِتحقُّقِ الظُّهورِ كما في سائرِ الحُقوقِ، ويَنبغي أن يَسألَهُما الإمامُ عن كيفيَّةِ السَّرقةِ وماهيَّتِها وزمانِها ومكانِها؛ لِزيادةِ الاحتياطِ كما مرَّ في الحُدودِ، ويَحبسُه إلى أن يَسألَ عن الشُّهودِ للتُّهمةِ.

قال: (وإذا اشْتَرَكَ جَماعةٌ في سَرِقَةٍ، فَأصابَ كُلَّ واحدٍ منهم عَشَرَةُ دراهمَ قُطِعَ، وإنْ أصابَهُ أقلُّ لا يُقْطَعُ)؛ لأنَّ المُوجِبَ سَرِقَةُ النِّصابِ، ويَجِبُ على كلِّ واحدٍ منهم بِجنايتِهِ، فَيُعتَبَر كمالُ النِّصابِ في حقِّه، واللهُ أعلم.

---

(١) جوابٌ عمَّا يُقال: إنَّما يُشترط التَّكرار لِقَطع احتمالِ الرُّجوع كما في الزنا. عناية.

(٢) جوابٌ عن قوله: «كذلك اعتبرنا في الزِّنا».

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

ولا قَطْعَ فِيما يُوجَدُ تافِهاً مُباحاً في دارِ الإسلامِ، كالخَشَبِ والحَشِيشِ والقَصَبِ والسَّمَكِ والطَّيرِ والصَّيدِ والزَّرنِيخِ والمَغْرَةِ والنُّورَةِ، ....

(باب ما يقطع فيه وما لا يقطع)

(ولا قَطْعَ فِيما يُوجَدُ تافِهاً مُباحاً في دارِ الإسلامِ، كالخَشَبِ والحَشِيشِ والقَصَبِ والسَّمَكِ والطَّيرِ والصَّيدِ والزَّرنِيخِ والمَغْرَةِ والنُّورَةِ)، والأصلُ فيه حديثُ عائشةَ قالت: «كانتِ اليدُ لا تُقطَعُ على عهدِ رسولِ الله ﷺ في الشَّيء التَّافِهِ[1]»، أي: الحقير.

وما يُوجَدُ جِنسُه مُباحاً في الأصلِ بصورةٍ غيرِ مرغوبٍ فيها حَقيرٌ تَقِلُّ الرَّغباتُ فيه، والطِّباعُ لا تَضِنُّ به، فقلَّما يُوجَدُ أخذُهُ على كُرهٍ من المالك، فلا حاجةَ إلى شَرعِ الزَّاجرِ، ولهذا لم يَجِبِ القَطعُ في سرقةِ ما دونَ النِّصابِ، ولأنَّ الحِرزَ فيها ناقصٌ، ألا تَرى أنَّ الخَشَبَ يُلقَى على الأبوابِ، وإنَّما يُدخَل في الدَّارِ للعمارةِ لا للإحرازِ، والطَّيرَ يطيرُ والصَّيدَ يَفِرُّ، وكذا الشَّركةُ العامَّةُ التي كانت فيه[2]، وهو على تلك الصِّفةِ تُورِثُ الشُّبهةَ، والحدُّ يَندرئ بها.

ويدخلُ في السَّمكِ المالحُ والطَّرِيُّ، وفي الطَّيرِ الدَّجاجُ والبَطُّ والحمامُ لِما ذكرنا، ولإطلاقِ قولِهِ ﷺ: «لا قَطعَ في الطَّير[3]».

---

(١) أخرج ابن أبي شيبة في الحدود، باب: من قال لا تقطع في أقل من عشرة دراهم (٢٨١١٤) عن عائشة قالت: لم يكنْ يُقطَعُ على عهدِ النَّبيِّ ﷺ في الشَّيء التَّافِهِ.

(٢) أي: فيما يُوجد جنسُهُ مباحاً.

(٣) قال الزيلعي (٣/ ٣٦١): غريب مرفوعاً.

أخرج عبد الرزاق في اللقطة، باب: من سرق ما لا يقطع فيه (١٨٩٠٧)، وابن أبي شيبة - واللفظ له - في الحدود، باب: الرجل يسرق الطير أو البازي ما عليه (٢٨٦٠٨) عن عبد الله بن يسار، قال: =

ولا قَطْعَ فيما يَتسارَعُ إليه الفَسادُ، كاللَّبَنِ واللَّحمِ والفَواكِهِ الرَّطْبَةِ. ....

وعن أبي يوسف: أنَّه يَجِبُ القطعُ في كلِّ شيءٍ، إلَّا الطِّينَ والتُّرابَ والسِّرقينَ، وهو قولُ الشَّافعيِّ[1]، والحُجَّةُ عليهما ما ذكرنا.

قال: (ولا قَطْعَ فيما يَتسارَعُ إليه الفَسادُ، كاللَّبَنِ واللَّحمِ والفَواكِهِ الرَّطْبَةِ)؛ لقوله ﷺ: «لا قَطْع في ثَمَرٍ ولا في كَثَرٍ[2]»، والكَثَرُ الجُمَّارُ[3]، وقيل: الوَدِيُّ[4].

وقال ﷺ: «لا قَطْعَ في الطَّعامِ[5]»، والمرادُ - واللهُ أعلم - ما يَتسارَعُ إليه الفسادُ

= أتي عمرُ بنُ عبد العزيز في رجلٍ سَرَقَ دجاجةً، فأراد أن يَقطَعَه، فقال له أبو سلمة بنُ عبدِ الرَّحمن: قال عثمان: «لا قطعَ في الطَّير».

(١) قال الماوردي في الحاوي (١٣/ ٢٧٦) الكتب العلمية: ويُقطَع فيما كان مباحَ الأصلِ قبلَ أن يَملِكَه ما تُقطَع به يدُ السَّارقِ، كالصَّيدِ المأكولِ وغيرِ المأكولِ، والخشبِ من السَّاجِ وغيرِ السَّاجِ، معمولاً كان أو غيرَ معمولٍ، وما أُخِذ من المعادنِ، مطبوعٍ وغيرِ مطبوعٍ، وما عُمِلَ من الطِّينِ كالفخَّار، وما عُمِل من الحَجرِ كالبِرام.

(٢) أخرج أبو داود - واللفظ له - في الحدود، باب: ما لا قطع فيه (٤٣٨٨)، والنسائي في الصغرى، في كتاب قطع السارق، باب: ما لا قطع فيه (٤٩٦٠) عن محمد بن يحيى بن حِبَّان: أنَّ عبداً سَرَق وَدْياً - صِغارُ النَّخل - من حائطِ رجلٍ فَغرَسَه في حائطِ سيِّدِه، فخَرَجَ صاحبُ الوَدْيِ يَلتمِسُ وَدْيَهُ فوَجَدَه فاستَعْدَى - أي: استعان به - على العبدِ مروانَ بنَ الحَكمِ، وهو أميرُ المدينةِ يومئذٍ، فسَجَنَ مروانُ العبدَ وأراد قَطْعَ يدِهِ، فانطَلَقَ سيِّدُ العبدِ إلى رافعِ بنِ خَديجٍ فسأله عن ذلك فأخبَرَه: أنَّه سَمِع رسولَ اللهِ ﷺ يقول: «لا قَطْعَ في ثَمَرٍ ولا كَثَر»، فقال الرَّجلُ: إنَّ مروانَ أخذ غلامي وهو يريدُ قَطْعَ يدِهِ، وأنا أحبُّ أن تَمشيَ معي إليه فَتُخبِرَه بالذي سمعتَ من رسولِ الله ﷺ، فمشى معه رافعُ بنُ خَديج حتَّى أتى مروانَ بنَ الحَكَم، فقال له رافعٌ: سمعتُ رسولَ الله ﷺ يقول: «لا قَطْعَ في ثَمَرٍ ولا كَثَر» فأمَرَ مروانُ بالعبدِ فأُرسِلَ.

(٣) الجُمَّار: وهو شَحْم النَّخْل. النهاية في غريب الأثر.

(٤) الوَديُّ بتشديد الياء: صِغَارُ النَّخل، الواحدة: وَدِيَّة. المصدر السابق.

(٥) أخرج أبو داود في المراسيل، الحدود (٢٤٥) عن الحَسَن أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «إنِّي لا أقطعُ في الطَّعام». وأخرج ابن أبي شيبة في الحدود، باب: في الرجل تقطع من قال يترك العقب (٢٨٥٨٧) عن الحَسَن أنَّ النَّبيَّ ﷺ أُتي برجلٍ سَرَقَ طعاماً فلم يَقطَعْه.

ولا قَطْعَ في الفاكِهَةِ على الشَّجَرِ، والزَّرْعِ الذي لم يُحْصَدْ. ولا قَطْعَ في الأشرِبَةِ المُطْرِبَةِ، ولا في الطُّنبُورِ، ....

كالمُهيَّئِ للأكلِ منه وما في معناه، كاللَّحمِ والتَّمرِ؛ لأنَّه يُقطَعُ في الحِنطةِ والسُّكَّر إجماعاً.

وقال الشَّافعيُّ: يُقطَع فيها[1]؛ لقوله ﷺ: «لا قَطْعَ في ثمرٍ ولا كَثَر، فإذا آواهُ الجَرِينُ أو الجِرانُ[2] قُطِعَ[3]».

قلنا: أخرَجَه[4] على وِفاقِ العادةِ، والذي يُؤويهِ الجَرينُ في عادَتِهِم هو اليابِسُ مِنَ التَّمرِ، وفيه القَطْعُ.

قال: (ولا قَطْعَ في الفاكِهَةِ على الشَّجَرِ والزَّرعِ الذي لم يُحْصَدْ)؛ لِعَدَمِ الإحرازِ.

(ولا قَطْعَ في الأشرِبَةِ المُطْرِبَةِ)؛ لأنَّ السَّارقَ يتأوَّلُ في تناولِها الإراقةَ، ولأنَّ بعضَها ليس بمالٍ، وفي ماليَّةِ بَعضِها اختلافٌ، فتتحقَّقُ شبهةُ عدمِ الماليَّةِ.

قال: (ولا في الطُّنبُورِ) لأنَّه من المَعازِفِ، ....

(١) قال الماوردي في الحاوي (١٣/ ٢٧٤) الكتب العلمية: القطع يجب في جميع الأموال، سواء كان مِمَّا يُسرع إليه الفساد كالطَّعامِ الرَّطبِ، أو لا يسرع إليه الفساد. اهـ.

(٢) الجرين: المِربَد وهو الموضع الذي يلقى فيه الرُّطب ليجفَّ، وقيل: هو موضع يُدخَّر فيه التَّمر. والجران: مُقدَّم عُنق البعير مِنْ مَذْبحه إلى مِنْخَره. عناية.

(٣) أخرج أبو داود - واللفظ له - في الحدود، باب: ما لا قطع فيه (٤٣٩٠)، وابن ماجه في الحدود، باب: من سرق من الحرز (٢٥٩٦)، والنسائي في الصغرى، كتاب قطع السارقين، باب: الثمر يسرق بعد أن يؤويه الجرين (٤٩٥٨) عن عبد الله بن عمرو بن العاص: عن رسول الله ﷺ أنَّه سُئل عن الثَّمر المُعلَّقِ فقال: «مَن أصابَ بِفيهِ من ذي حاجةٍ غيرَ مُتَّخِذٍ خُبنَةً - ما يَحمِلُه الرَّجلُ في ثوبه - فلا شيء عليه، ومَنْ خرَج بِشيءٍ منه فعليه غَرامَةُ مِثلَيهِ والعُقوبةُ، ومَن سَرَقَ منه شيئاً بعد أن يُؤويهِ الجَرينُ فَبَلَغَ ثَمَنَ المِجَنِّ، فعَلَيهِ القَطعُ».

(٤) أي: النَّبيُّ ﷺ.

ولا في سَرِقَةِ المُصحَفِ وإنْ كان عليه حِلْيَةٌ. ولا قَطْعَ في أبوابِ المَسجِدِ، ولا الصَّليبِ مِنَ الذَّهبِ، ولا الشِّطرَنْجِ، ولا النَّرْدِ. ولا قَطْعَ على سارقِ الصَّبيِّ الحُرِّ وإنْ كان عليه حُلِيٌّ. ....

(ولا في سَرِقَةِ المُصحَفِ وإنْ كان عليه حِلْيَةٌ)، وقال الشَّافعيُّ: يُقطَع[1]؛ لأنَّه مالٌ متقوِّمٌ، حتَّى يجوزُ بيعُهُ. وعن أبي يوسف مثلُهُ. وعنه أيضاً أنَّه يُقطَعُ إذا بَلَغَت الحِليةُ نصاباً؛ لأنَّها ليست من المُصحف، فتُعتبَرُ بانفرادها.

ووجهُ الظَّاهِرِ: أنَّ الآخِذَ يتأوَّلُ في أخذِهِ القراءةَ والنَّظَرَ فيه، ولأنَّه لا ماليَّةَ له على اعتبارِ المكتوبِ، وإحرازُهُ لأجلِهِ لا للجِلدِ والأوراقِ والحِليةِ، وإنَّما هي تَوابعُ، ولا مُعتبَرَ بالتَّبعِ، كمن سَرَقَ آنيةً فيها خمرٌ، وقيمةُ الآنيةِ تَربُو على النِّصاب.

(ولا قَطْعَ في أبوابِ المَسجِدِ)؛ لِعَدَمِ الإحرازِ، فصار كبابِ الدَّارِ بل أولى، لأنَّه يُحرَزُ ببابِ الدَّار ما فيها، ولا يُحرَزُ ببابِ المسجدِ ما فيه، حتَّى لا يَجِبُ القطعُ بِسَرِقةِ مَتاعِهِ.

قال: (ولا الصَّليبِ مِنَ الذَّهبِ ولا الشِّطرَنْجِ ولا النَّرْدِ)؛ لأنَّه يَتأوَّلُ مَن أخذَها الكسرَ نَهْياً عن المُنكَرِ، بخلافِ الدِّرهم الذي عليه التِّمثالُ؛ لأنَّه ما أُعِدَّ للعبادةِ، فلا تَثبُتُ شُبهةُ إباحةِ الكسرِ. وعن أبي يوسف: أنَّه إنْ كان الصَّليبُ في المُصلَّى[2] لا يُقطَعُ لِعَدمِ الحِرْزِ، وإن كان في بيتٍ آخَرَ يُقطَعُ لِكَمالِ الماليَّةِ والحِرْزِ.

(ولا قَطْعَ على سارقِ الصَّبيِّ الحُرِّ وإنْ كان عليه حُلِيٌّ)؛ لأنَّ الحُرَّ ليس بمالٍ،

---

(١) قال النووي في الروضة (٧٣٦٣) الكتب العلمية: ويجب القطعُ بسرقةِ المُصحفِ وكتبِ التَّفسيرِ والحديثِ والفقهِ، وكذا الشِّعرُ الذي يَحِلُّ الانتفاعُ به، وما لا يَحِلُّ الانتفاعُ به لا قطعَ فيه إلَّا أن يَبلُغَ الجِلدُ والقِرطاسُ نصاباً، ويجبُ القطعُ بسرقةِ قُرونِ الحيوان.

(٢) أي: في موضع صلاة النصارى وهو معبدهم.

ولا قَطْعَ في سَرِقَةِ العَبدِ الكَبيرِ، ويُقْطَعُ في سَرِقَةِ العَبدِ الصَّغيرِ. ولا قَطْعَ في الدَّفاترِ كُلِّها، إلَّا في دفاترِ الحِسابِ، ولا في سَرِقَةِ كَلْبٍ ولا فَهْدٍ. ولا قَطْعَ في دُفٍّ ولا طَبلٍ ولا بَرْبَطٍ ولا مِزْمارٍ. ....

وما عليه من الحُليِّ تَبَعٌ له، ولأنَّه يتأوَّلُ في أخذِهِ الصَّبيَّ إسكاتَهُ أو حَمْلَه إلى مُرضِعَتِه. وقال أبو يوسف: يُقطَعُ إذا كان عليه حُليٌّ هو نصابٌ؛ لأنَّه يجبُ القَطعُ بِسَرقتِهِ وَحْدَه فكذا مع غيره، وعلى هذا إذا سَرَقَ إناءَ فضَّةٍ فيه نبيذٌ أو ثريدٌ.

والخلافُ في صبيٍّ لا يمشي ولا يتكلَّمُ، كي لا يكونَ في يدِ نفسِهِ[1].

(ولا قَطْعَ في سَرِقَةِ العَبدِ الكَبيرِ)؛ لأنَّه غَصبٌ أو خِداعٌ، (ويُقْطَعُ في سَرِقَةِ العَبدِ الصَّغيرِ)؛ لِتحقُّقِها بِحَدِّها، إلَّا إذا كان يُعبِّر عن نفسِهِ؛ لأنَّه هو والبالغُ سواءٌ في اعتبار يدِهِ. وقال أبو يوسف: لا يُقطَع وإن كان صغيراً لا يَعقِلُ ولا يتكلَّمُ استحساناً؛ لأنَّه آدميٌّ من وجهٍ مالٌ من وجهٍ.

ولهما: أنَّه مالٌ مُطلَقٌ لكونِهِ مُنتفَعاً به أو بِعَرَضِ أن يَصيرَ مُنتَفَعاً به، إلَّا أنَّه انضمَّ إليه معنى الآدميَّة.

(ولا قَطْعَ في الدَّفاترِ كُلِّها)؛ لأنَّ المقصودَ ما فيها، وذلك ليس بمالٍ، (إلَّا في دفاترِ الحِسابِ)؛ لأنَّ ما فيها لا يُقصَدُ بالأخذِ، فكان المقصودُ هو الكواغِد.

قال: (ولا في سَرِقَةِ كَلْبٍ ولا فَهْدٍ)؛ لأنَّ مِنْ جنسِهما يُوجَدُ مُباحَ الأصلِ غيرَ مرغوبٍ فيه، ولأنَّ الاختلافَ بين العلماءِ ظاهرٌ في ماليَّةِ الكلبِ، فأورثَ شُبهةً.

(ولا قَطْعَ في دُفٍّ ولا طَبلٍ ولا بَرْبَطٍ[2] ولا مِزْمارٍ)؛ لأنَّ عندهما لا قيمةَ لها، وعند أبي حنيفة آخِذُها يَتأوَّلُ الكسرَ فيها.

---

(١) حتى لو كان يتكلَّمُ ويمشي ويُعبِّرُ، لا يُقطَعُ سارقُهُ إجماعاً.

(٢) شبيه بالعود، فارسيٌّ معرَّب. بناية.

ويُقْطَعُ في السَّاجِ والقِنا والآبَنُوسِ والصَّنْدَلِ. ويُقْطَعُ في الفُصُوصِ الخُضْرِ والياقُوتِ والزَّبَرْجَدِ. وإذا اتَّخَذَ مِنَ الخَشَبِ أوانِيَ وأبواباً قُطِعَ فيها. ولا قَطْعَ على خائِنٍ ولا خائِنَةٍ، ولا مُنْتَهِبٍ ولا مُخْتَلِسٍ. ....

(ويُقْطَعُ في السَّاجِ والقِنا والآبَنُوسِ والصَّنْدَلِ[1])؛ لأنَّها أموالٌ مُحرَزَةٌ لِكَونها عزيزةً عند النَّاس، ولا تُوجَدُ بِصُورتِها مُباحةً في دارِ الإسلامِ.

قال: (ويُقْطَعُ في الفُصُوصِ الخُضْرِ والياقُوتِ والزَّبَرْجَدِ)؛ لأنَّها مِنْ أعزِّ الأموالِ وأنفَسِها، ولا تُوجَدُ مُباحةَ الأصلِ بِصُورتِها في دارِ الإسلامِ غيرَ مرغوبٍ فيها، فصارت كالذَّهبِ والفِضَّةِ.

(وإذا اتَّخَذَ مِنَ الخَشَبِ أوانِيَ وأبواباً قُطِعَ فيها)؛ لأنَّه بالصَّنعةِ التَحَقَ بالأموالِ النَّفيسةِ؛ ألا ترى أنَّها تُحرَزُ، بخلافِ الحَصيرِ؛ لأنَّ الصَّنعةَ فيه لم تَغلِبْ على الجِنسِ حتَّى يُبسَطُ في غيرِ الحِرْزِ، وفي الحُصْرِ البغداديَّةِ قالوا: يَجِبُ القطعُ في سَرقتِها لِغَلَبةِ الصَّنعةِ على الأصل.

وإنَّما يَجِبُ القَطعُ في غيرِ المُركَّبِ[2]، وإنَّما يَجِبُ إذا كان خفيفاً لا يَثقُلُ على الواحِدِ حَملُهُ؛ لأنَّ الثَّقيلَ منه لا يُرغَبُ في سَرقتِهِ.

(ولا قَطْعَ على خائِنٍ ولا خائِنَةٍ)؛ لِقُصورٍ في الحِرْزِ، (ولا مُنْتَهِبٍ ولا مُخْتَلِسٍ)؛ لأنَّه يُجاهِرُ بفعلِهِ، كيف وقد قال ﷺ: «لا قطعَ في مُختَلِسٍ ولا مُنتَهِب ولا خائنٍ[3]».

---

(١) «والسَّاج» خشبٌ يُجلب من الهند. و«القِنا» بالكسر جمعُ قناة، وهي خشبة الرُّمح. «والآبنوس» بمد الهمزة وفتح الباء معروف.

(٢) التَّقدير: وإنَّما يجب القطع في الأبواب غير المركبة في الجدران.

(٣) أخرج أبو داود في الحدود، باب: القطع في الخلسة والخيانة (٤٣٩١)، وابن ماجه في الحدود، باب: الخائن والمنتهب والمختلس (٢٥٩١)، والترمذي - واللفظ له - باب: ما جاء في الخائن والمختلس والمنتهب (١٤٤٨)، والنسائي في الصغرى، كتاب قطع السارق، باب: ما لا قطع فيه (٤٩٧١) عن جابر عن النَّبيِّ ﷺ قال: «ليس على خائنٍ ولا مُنتَهِبٍ ولا مُختَلِسٍ قَطعٌ».

ولا قَطْعَ على النَّبَّاشِ. ....

(ولا قَطْعَ على النَّبَّاشِ[1]) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف والشَّافعي[2]: عليه القَطعُ لقوله ﷺ: «مَن نَبَش قطعناه[3]»، ولأنَّه مالٌ مُتقوِّمٌ مُحرَزٌ بِحِرز مِثلِه[4] فيُقطع فيه.

ولهما: قولُه ﷺ: «لا قَطْعَ على المُختفي[5]»، وهو النَّبَّاشُ بِلُغةِ أهلِ المدينةِ، ولأنَّ الشُّبهةَ تَمكَّنت في المِلك؛ لأنَّه لا مِلكَ للميِّتِ حقيقةً، ولا للوارثِ لِتقدُّمِ حاجةِ الميِّت، وقد تمكَّنَ الخَلَلُ في المَقصودِ، وهو الانزجار، لأنَّ الجنايةَ في نَفسِها نادرةُ الوجودِ، وما رواه غيرُ مرفوعٍ، أو هو محمولٌ على السِّياسةِ.

وإن كان القبرُ في بيتٍ مُقفَلٍ فهو على الخلافِ في الصَّحيح؛ لِما قلنا.

---

(١) هو: الذي يسرقُ أكفان الموتى بعد الدَّفن.

(٢) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٤/ ٢٠٩) دار الفكر: (وكفنٌ) كائنٌ (في قبرٍ بِبَيتٍ مُحرَزٍ) بالجرِّ صفةُ بيتٍ (مُحرَزٌ) بالرَّفع خبرُ «كفن» فيُقطع سارقُهُ منه، (وكذا) كفنٌ بقبرٍ (بِمَقبَرةٍ) كائنة (بِطَرَفِ العِمارَةِ) فإنَّه مُحرَزٌ يُقطَعُ سارقُهُ حيثُ لا حارس هناك (في الأصحِّ)؛ لأنَّ القبر في المقابر حِرزٌ في العادة، كما أنَّ البيتَ المُغلَقَ في العمران حِرزٌ وإن لم يكن فيه أحدٌ، (لا) كفنٌ في قبرٍ (بِمَضيَعةٍ) أي: بِقُعةٍ ضائعةٍ فإنَّه غيرُ مُحرَزٍ (في الأصحِّ)، كالدَّار البعيدةِ عن العمران، لأنَّ السَّارقَ يأخذ من غير خَطَر. اهـ.

(٣) قال الزيلعي (٣/ ٣٦٧): رواه البيهقي في كتاب المعرفة عن البراء بن عازب أنَّ النَّبي ﷺ قال: «ومَنْ نَبَشَ قَطعناه». اهـ انظر تتمته.

(٤) معناه: أنَّ حِرز كلِّ شيءٍ مُعتَبَر بحرز مثلِه، حتَّى أنَّه إذا سرق دابَّةً من إصطبل يقطع، ولو سرق لؤلؤةً من الإصطبل لم يقطع.

(٥) قال الزيلعي (٣/ ٣٦٧): غريب. وأخرج ابن أبي شيبة في الحدود، ما جاء في النباش يؤخذ ما حده (٢٨٦٢٣) عن ابن عباس قال: «ليس على النَّبَّاش قطعٌ».
وأخرج برقم (٢٨٦١٣) عن الزُّهري قال: أُخِذَ نَبَّاشٌ في زمانِ معاويةَ، زمانِ كان مروانُ على المدينةِ، فسأل مَنْ كان بِحَضرتِهِ من أصحابِ رسولِ الله ﷺ بالمدينة والفقهاءِ، فلم يَجِدُوا أحداً قَطَعَه، قال: فأجمَعَ رأيُهُم على أن يَضربَهُ ويُطافَ به.

ولا يُقْطَعُ السَّارِقُ مِن بَيتِ المالِ، ولا مِنْ مالٍ لِلسَّارِقِ فيه شَرِكَةٌ. ومَنْ لَهُ على آخَرَ دَراهِمُ، فَسَرَقَ مِنْهُ مِثْلَها لَمْ يُقْطَعْ، وإنْ سَرَقَ منه عُرُوضاً قُطِعَ. ومَنْ سَرَقَ عَيْناً فَقُطِعَ فيها فَرَدَّها، ثُمَّ عادَ فَسَرَقَها وهي بِحالِها، لَمْ يُقْطَعْ، ....

وكذا إذا سَرَق من تابوتٍ في القافلةِ وفيه الميِّت لِما بيَّنَّاه[1].

(ولا يُقْطَعُ السَّارِقُ مِن بَيتِ المالِ)؛ لأنَّه مالُ العامَّةِ، وهو منهم. قال: (ولا مِنْ مالٍ لِلسَّارِقِ فيه شَرِكَةٌ)؛ لِما قلنا[2].

(ومَنْ لَهُ على آخَرَ دَراهِمُ، فَسَرَقَ مِنْهُ مِثْلَها لَمْ يُقْطَعْ)؛ لأنَّهُ استيفاءٌ لِحَقِّهِ، والحالُّ والمُؤجَّلُ فيه سواءٌ استحساناً؛ لأنَّ التَّأجيلَ لتأخيرِ المُطالَبةِ، وكذا إذا سَرَقَ زيادةً على حقِّهِ لأنَّه بمقدارِ حقِّه يَصيرُ شريكاً فيه.

(وإنْ سَرَقَ منه عُرُوضاً قُطِعَ)؛ لأنَّه ليس له وِلايةُ الاستيفاءِ منه إلَّا بيعاً بالتَّراضي. وعن أبي يوسف: أنَّه لا يُقطَع؛ لأنَّ له أن يأخذَهُ عند بعضِ العلماءِ قضاءً من حقِّه أو رَهناً بحقِّه.

قلنا: هذا قولٌ لا يَستنِدُ إلى دليلٍ ظاهرٍ، فلا يُعتَبَرُ بدونِ اتِّصالِ الدَّعوى به، حتَّى لو ادَّعى ذلك دُرِئَ عنه الحدُّ؛ لأنَّه ظَنٌّ في موضعِ الخلافِ.

ولو كان حقُّه دراهمَ فَسرقَ منه دنانيرَ، قيل: يُقطَعُ؛ لأنَّه ليس له حقُّ الأخذِ، وقيل: لا يُقطَعُ؛ لأنَّ النُّقودَ جنسٌ واحد.

(ومَنْ سَرَقَ عَيْناً فَقُطِعَ فيها فَرَدَّها، ثُمَّ عادَ فَسَرَقَها وهي بِحالِها، لَمْ يُقْطَعْ). والقياسُ أن يُقطَعَ - وهو روايةٌ عن أبي يوسف وهو قول الشَّافعي[3] -؛ لقوله

---

(١) إشارة إلى قوله ﷺ: «لا قطع على المختفي»، والمعقول وهو قوله: لأنَّه لا مِلك للميِّت حقيقة.

(٢) إشارة إلى ما يُفهَم من قوله: «لأنَّه مالُ العامَّة، وهو منهم»، فإنَّه يُفهم من ذلك أنَّ للسَّارق فيه حقاً. عناية.

(٣) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٤/ ٢٠١) دار الفكر: ولو قُطع بسرقةِ عَينٍ، ثمَّ سَرَقها ثانياً من مالكها الأوَّلِ أو من غيرِه قُطع أيضاً؛ لأنَّ القطعَ عقوبةٌ تتعلَّقُ بفعلٍ في عينٍ، فَتتكرَّر بتكرُّرِ ذلك الفعل، كما لو زنى بامرأةٍ فَحُدَّ، ثمَّ زنى بها ثانياً. اهـ.

فإنْ تَغَيَّرَتْ عن حالِها، مِثلُ أن يَكُونَ غَزْلاً فَسَرَقَهُ وقُطِعَ فَرَدَّهُ، ثُمَّ نُسِجَ فعادَ فَسَرَقَهُ قُطِعَ.

ﷺ: «فإن عاد فاقطعوه»[1] مِنْ غيرِ فَصلٍ، ولأنَّ الثَّانيةَ مُتكامِلَةٌ كالأولى، بل أقبَحُ لِتقَدُّمِ الزَّاجرِ، وصار كما إذا باعه المالِكُ من السَّارقِ، ثمَّ اشتراه منه، ثمَّ كانتِ السَّرِقةُ.

ولنا: أنَّ القطعَ أوجَبَ سُقوطَ عِصمةِ المَحلِّ على ما يُعرَفُ من بعدُ إن شاء الله تعالى، وبالرَّدِّ إلى المالكِ إنْ عادَتْ حقيقةُ العِصمةِ بَقِيت شبهةُ السُّقوطِ نظراً إلى اتِّحادِ المِلكِ والمَحلِّ وقيامِ المُوجِبِ وهو القَطعُ فيه.

بخلاف ما ذَكَر[2]؛ لأنَّ المِلكَ قد اختَلَف باختلافِ سببِهِ، ولأنَّ تكرارَ الجنايةِ منه نادرٌ لِتحمُّلِهِ مشقَّةَ الزَّاجرِ، فتعرى الإقامةُ عن المقصودِ، وهو تقليلُ الجنايةِ، وصار كما إذا قُذِفَ المحدودُ في قَذفِ المقذوفِ الأوَّل.

قال: (فإنْ تَغَيَّرَتْ عن حالِها، مِثلُ أن يَكُونَ غَزْلاً فَسَرَقَهُ وقُطِعَ فَرَدَّهُ، ثُمَّ نُسِجَ فَعادَ فَسَرَقَهُ قُطِعَ)؛ لأنَّ العينَ قد تبدَّلت، ولهذا يَملِكُه الغاصب به[3]، وهذا هو علامةُ التَّبدُّل في كلِّ مَحلٍّ، وإذا تبدَّلَتِ انتفت الشُّبهةُ النَّاشئةُ من اتِّحادِ المحلِّ، والقَطعُ فيه فوَجَبَ القطع ثانياً، والله أعلم بالصَّواب.

---

(١) أخرج الدار قطني في كتاب الحدود والديات وغيره (٢٩٢) عن أبي هريرة عن النَّبيِّ ﷺ قال: «إذا سَرَقَ السَّارقُ فاقطعوا يدَهُ، فإن عاد فاقطعوا رجلَهُ، فإن عاد فاقطعوا يدَهُ، فإن عاد فاقطَعُوا رجلَهُ».
وأخرج أبو داود في الحدود، باب: في السارق يسرق مراراً (٤٤١٠) عن جابر بن عبد الله قال: جِيءَ بسارقٍ إلى النَّبيِّ ﷺ فقال: «اقتلوه»، فقالوا: يا رسول الله إنَّما سَرَق، فقال: «اِقطَعُوه»، قال: فَقُطِع ثمَّ جيءَ به الثَّانيةَ فقال: «اُقتلُوه»، فقالوا: يا رسول الله إنَّما سرقَ فقال: «اِقطَعُوه»، قال: فَقُطِع، ثمَّ جِيءَ به الثَّالثةَ فقال: «اُقتُلُوه»، فقالوا: يا رسول الله إنَّما سرَقَ، فقال: «اِقطَعُوه»، ثمَّ أُتي به الرَّابعةَ فقال: «اُقتُلُوه» فقالوا: يا رسولَ الله إنَّما سَرَق، قال: «اِقطَعُوه»، فأتي به الخامسةَ فقال: «اُقتُلُوه»، قال جابر: فانطَلَقنا به فقتَلناهُ، ثمَّ اجترَرْناه فألقيناهُ في بئرٍ ورَمَينا عليه الحجارة.

(٢) يعني: أبو يوسف في صورة البيع.

(٣) أي: بالنَّسج.

فصل في الحرز والأخذ منه

وَمَنْ سَرَقَ مِنْ أَبَوَيهِ أو وَلَدِهِ أو ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ لَمْ يُقْطَعْ. ولو سَرَقَ مِنْ بَيتِ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مَتاعَ غَيرِهِ، يَنْبَغِي أَنْ لا يُقْطَعَ، ولَوْ سَرَقَ مالَهُ مِنْ بَيْتِ غَيْرِهِ يُقْطَعُ. وإنْ سَرَقَ مِنْ أُمِّهِ مِنَ الرَّضَاعَةِ، قُطِعَ. ....

(فصل في الحرز والأخذ منه)

(وَمَنْ سَرَقَ مِنْ أَبَوَيهِ أو وَلَدِهِ أو ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ لَمْ يُقْطَعْ)، فالأَوَّلُ وهو الوِلادُ لِلبُسُوطة في المال، وفي الدُّخولِ في الحرز. والثَّاني للمعنى الثَّاني، ولهذا أباحَ الشَّرعُ النَّظرَ إلى مَواضعِ الزِّينةِ الظَّاهرةِ منها، بخلاف الصَّديقينِ لأنَّه عاداه بالسَّرقة. وفي الثَّاني[1] خِلافُ الشَّافعيِّ رحمه الله[2]؛ لأنَّه ألحَقَها[3] بالقَرابة البعيدةِ، وقد بيَّنَّاه في العتاق.

(ولو سَرَقَ مِنْ بَيتِ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مَتاعَ غَيرِهِ، يَنْبَغِي أَنْ لا يُقْطَعَ، ولَوْ سَرَقَ مالَهُ[4] مِنْ بَيْتِ غَيْرِهِ يُقْطَعُ) اعتباراً للحِرْز وعَدَمِه.

(وإنْ سَرَقَ مِنْ أُمِّهِ مِنَ الرَّضَاعَةِ، قُطِعَ)، وعن أبي يوسف رحمه الله أنَّه لا يُقطَعُ؛ لأنَّه يَدخُلُ عليها من غيرِ استئذانٍ وحِشمةٍ، بخلافِ الأختِ من الرَّضاعِ لانعدامِ هذا المعنى فيها عادةً.

وجهُ الظَّاهر: أنَّه لا قَرابة، والمَحرَميَّةُ بدونها لا تُحتَرَمُ، كما إذا ثبَتَتْ بالزِّنا

---

(١) أي: وفي ذي الرَّحمِ المحرَمِ خلافُ الشافعيِّ.

(٢) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٤/ ٢٠١):
(فلا قَطْعَ بسرقةِ مالِ أصلٍ) للسَّارقِ وإن علا، (وفرعٍ) له وإن سَفَل لِما بينهما من الاتِّحاد، ولأنَّ مالَ كلٍّ منهما مُرصَدٌ لحاجة الآخرِ، ومنها أن لا تُقطَعَ يده بسرقة ذلك المال، بخلاف سائر الأقارب. اهـ.

(٣) أي: ألحقَ قرابةَ ذي الرَّحمِ المَحرَمِ، كالأخِ والعمِّ والخالِ، بالقرابةِ البعيدةِ.

(٤) أي: مالَ ذي الرَّحم المَحرم.

وإذا سَرَقَ أحَدُ الزَّوجَيْنِ مِنَ الآخَرِ، أو العَبْدُ مِنْ سَيِّدِهِ، أو مِنْ امرأةِ سَيِّدِهِ، أو مِنْ زَوجِ سَيِّدَتِهِ، لم يُقْطَعْ. ولو سَرَقَ المَوْلَى مِنْ مُكاتَبِهِ لَمْ يُقْطَعْ، ....

والتَّقبيلِ عن شَهوةٍ[1]، وأقربُ من ذلك[2] الأختُ من الرَّضاعةِ[3]، وهذا لأنَّ الرَّضاعَ قلَّما يَشتَهِرُ فلا بُسُوطةَ، تَحرُّزاً عن مَوقفِ التُّهمةِ، بخلاف النَّسبِ.

(وإذا سَرَقَ أحَدُ الزَّوجَيْنِ مِنَ الآخَرِ، أو العَبْدُ مِنْ سَيِّدِهِ أو مِنْ امرأةِ سَيِّدِهِ أو مِنْ زَوجِ سَيِّدَتِهِ، لم يُقْطَعْ)؛ لِوُجودِ الإذنِ بالدُّخولِ عادةً، وإنْ سرق أحدُ الزَّوجينِ من حِرْزِ الآخَرِ خاصَّةً لا يَسكنان فيه[4]، فكذلك عندنا خلافاً للشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللهُ[5] لِبُسوطةٍ بينهما في الأموال عادةً ودلالةً[6]، وهو نظيرُ الخلافِ في الشَّهادة[7].

(ولو سَرَقَ المَوْلَى مِنْ مُكاتَبِهِ لَمْ يُقْطَعْ)؛ لأنَّ له في أكسابه حقّاً، ....

---

(١) فإنَّه إذا سَرَق من بيتِ بنتِ المرأة التي زنى بها، لا يُعَدُّ شُبهةً في قَطع اليد، بل تُقطَع وإن كانتِ المَحرميَّةُ موجودةً، وكذلك إذا ثبتت بالتَّقبيل عن شهوة. عناية.

(٢) أي: من الحرمة الثَّابتة بالزِّنا.

(٣) يعني: أنَّ الأمَّ من الرَّضاع أشبَهُ إلى الأخت من الرَّضاع في إثبات الحرمة من الحرمة الثَّابتة بالزِّنا، ثمَّ السَّرقةُ من بيت الأخت من الرَّضاع موجِبَةٌ للقطع بالإجماع، فيجب أن يكون من بيت أمِّه من الرَّضاع كذلك. عناية.

(٤) أي: الزَّوجان لا يسكنان في ذلك الحِرز.

(٥) قال النووي في الرَّوضة (٧/ ٣٣٥) الكتب العلمية: ولو سَرَقَ أحدُ الزَّوجين مالَ الآخرِ، إن لم يكن مُحرَزاً عنه، فلا قطعَ، وإلا فثلاثة أقوال، أظهرُها: يُقطَع، والثاني: لا، والثالث: يقطع الزَّوجُ دون الزَّوجة. اهـ.

(٦) معناه: أنَّها لمَّا بذلت نفسَها وهي أنفَسُ من الأموال، فلأن تَبذُل المالَ أولى.

(٧) فإنَّ شهادة أحدِ الزَّوجين للآخر لا تُقبل عندنا، وعنده تُقبَل في أحد قوليه، بل هذا أولى لأنَّ هذه البُسُوطة لمَّا منعت قَبولَ الشَّهادة فَلأن تَمنَع القَطْعَ - وهو ممَّا يندرئ بالشُّبهات - أولى. عناية.

وكَذلِكَ السَّارقُ مِنَ المَغْنَم. والحِرْزُ على نَوْعَينِ: حِرْزٌ لِمَعْنَىً فيه كالبُيوتِ والدُّورِ، وحِرْزٌ بِالحافِظِ. وفي المُحْرَزِ بِالمَكانِ لا يُعْتَبَرُ الإحرازُ بِالحافِظِ، هو الصَّحيحُ.

(وكَذلِكَ السَّارقُ مِنَ المَغْنَمِ)؛ لأنَّ له فيه نَصيباً، وهو مأثورٌ عن عليٍّ رضي الله عنه[١] دَرءاً وتعليلاً[٢].

وقال: (والحِرْزُ على نَوْعَينِ: حِرْزٌ لِمَعْنَىً فيه كالبُيوتِ والدُّورِ، وحِرْزٌ بِالحافِظِ).

قال العبدُ الضَّعيفُ: الحِرزُ لا بدَّ منه؛ لأنَّ الاستِسرارَ لا يَتحقَّقُ دونه، ثمَّ هو قد يكونُ بالمكانِ، وهو المكانُ المُعدُّ لإحرازِ الأمتعةِ، كالدُّورِ والبُيوتِ والصُّندوقِ والحانوتِ، وقد يكونُ بالحافِظِ كمَنْ جَلَسَ في الطَّريقِ أو في المسجدِ وعندَهُ مَتاعُه، فهو مُحرَزٌ به، وقد قَطَع رسولُ الله ﷺ مَنْ سَرَق رداءَ صفوانَ من تحت رأسِهِ وهو نائمٌ في المسجد[٣].

(وفي المُحْرَزِ بِالمَكانِ لا يُعْتَبَرُ الإحرازُ بِالحافِظِ، هو الصَّحيحُ)؛ لأنَّه مُحرَزٌ بدونه. وهو[٤] البيتُ وإن لم يكن له بابٌ، أو كان وهو مفتوحٌ، حتَّى يُقطعُ

---

(١) أخرج عبد الرزاق في اللقطة، باب: الرجل يسرق شيئا له فيه نصيب (١٨٨٧١) عن زيدِ بن دِثار قال: أُتي عليٌّ برجلٍ سَرَقَ من المَغنَمِ، فقال: «له فيه نصيبٌ، هو خائن» فلم يَقطَعْهُ، وكا قد سرَقَ مِغفراً. وأخرج ابن ماجه في الحدود، باب: العبد يسرق (٢٥٩٠) عن ابن عباس أنَّ عبداً من رقيقِ الخُمسِ سَرَقَ من الخُمسِ، فَرُفِعَ ذلك إلى النَّبيِّ ﷺ فلم يَقطَعْهُ وقال: «مالُ اللهِ عزَّ وجل سرَقَ بعضُهُ بعضاً».

(٢) أي: دفعاً للقطع، وتعليلاً له.

(٣) أخرج الحاكم (٤/ ٤٢٢) (٨١٤٩)، وابن ماجه في الحدود، باب: من سرق من الحرز (٢٥٩٥)، والنسائي في الصغرى - واللفظ له - كتاب قطع السارق، باب: ما يكون حرزا وما لا يكون (٤٨٨١) عن صفوان بن أميَّة: أنَّه طاف بالبيت وصلَّى ثمَّ لَفَّ رِداءً له من بُردٍ، فوَضَعَه تحتَ رأسِهِ فنام، فأتاه لِصٌّ فاستَلَّه من تحتِ رأسِهِ، فأخَذَه فأتى به النَّبيَّ ﷺ، فقال: إنَّ هذا سَرَقَ ردائي، فقال له النَّبيُّ ﷺ: «أسَرَقتَ رِداءَ هذا؟»، قال: نعم، قال: اِذهبا به فاقطعا يدَهُ، قال صفوانُ: ما كنتُ أريدُ أن تُقطَعَ يدُهُ في ردائي، قال: «فلولا كان قبل أن تأتيني به».

(٤) أي: المحرز بالمكان.

وَمَنْ سَرَقَ شَيئاً مِنْ حِرْزٍ، أو مِنْ غَيرِ حِرْزٍ، وصاحِبُهُ عِنْدَهُ يَحْفَظُهُ قَطِعَ. ولا قَطْعَ على مَنْ سَرَقَ مالاً مِنْ حَمَّام، أو مِنْ بيتٍ أُذِنَ للنَّاسِ في دُخُولِهِ. وَمَنْ سَرَقَ مِنَ المَسْجِدِ مَتاعاً وصاحِبُهُ عِنْدَهُ قُطِعَ. ....

السَّارقُ منه؛ لأنَّ البناءَ لِقَصدِ الإحرازِ، إلَّا أنَّه لا يَجِبُ القطعُ إلَّا بالإخراجِ منه؛ لقيام يدِهِ فيه قبلَهُ[١].

بخلافِ المُحرَزِ بالحافِظِ حيثُ يَجِبُ القَطعُ فيه كما أخَذَ؛ لِزَوالِ يدِ المالكِ بِمُجرَّدِ الأخذِ، فَتَتِمُّ السَّرقةُ.

ولا فَرْقَ بين أن يكونَ الحافظُ مُستيقظاً أو نائماً والمتاعُ تحتَهُ أو عندَهُ، هو الصَّحيحُ؛ لأنَّه يُعدُّ النَّائمُ عند مَتاعِهِ حافظاً له في العادة.

وعلى هذا[٢] لا يَضمَنُ المُودَعُ والمُستعيرُ بمثلِهِ؛ لأنَّه ليس بِتَضييعٍ، بخلافِ ما اختارَهُ في الفتاوى.

قال: (وَمَنْ سَرَقَ شَيئاً مِنْ حِرْزٍ أو مِنْ غَيرِ حِرْزٍ وصاحِبُهُ عِنْدَهُ يَحْفَظُهُ قَطِعَ)؛ لأنَّه سَرَق مالاً مُحرَزاً بأحدِ الحِرْزَين.

(ولا قَطْعَ على مَنْ سَرَقَ مالاً مِنْ حَمَّامٍ أو مِنْ بيتٍ أُذِنَ للنَّاسِ في دُخُولِهِ) لوجودِ الإذنِ عادةً أو حقيقةً في الدُّخولِ، فاختَلَّ الحِرزُ. ويدخلُ في ذلك حوانيتُ التُّجَّار والخاناتِ، إلَّا إذا سَرَق منها ليلاً؛ لأنَّها بُنيت لإحرازِ الأموالِ، وإنَّما الإذنُ يَختصُّ بالنَّهار.

(وَمَنْ سَرَقَ مِنَ المَسْجِدِ مَتاعاً وصاحِبُهُ عِنْدَهُ قُطِعَ)؛ لأنَّه مُحرَزٌ بالحافظِ؛ لأنَّ المَسجِدَ ما بُني لإحرازِ الأموالِ، فلم يكنِ المالُ مُحرَزاً بالمكانِ، بخلافِ الحمَّام والبيتِ الذي أُذِن للنَّاسِ في دُخولِهِ، حيثُ لا يُقطَعُ لأنَّه بُني للإحرازِ، فكان المكانُ حِرزاً فلا يُعتَبرُ الإحرازُ بالحافظِ.

---

(١) أي: لقيام يد المالك قبل الإخراج.

(٢) أي: بناء على التعليل الذي ذكره لا يضمن المودَعُ والمستعير إذا حفظ الوديعة والعارية كذلك فَسُرقت.

ولا قَطْعَ على الضَّيفِ إذا سَرَقَ مِمَّنْ أضافَهُ. ومَنْ سَرَقَ سَرِقَةً فَلَمْ يُخرِجْها مِنَ الدَّارِ لَمْ يُقْطَعْ، فإنْ كانَتْ داراً فيها مَقاصِير، فَأَخْرَجَها مِنَ المَقْصُورَةِ إلى صَحْنِ الدَّارِ قُطِعَ. وإنْ أغارَ إنسانٌ مِنْ أهلِ المَقاصِيرِ عَلَى مَقْصُورَةٍ فَسَرَقَ مِنْها قُطِعَ. وإذا نَقَبَ اللِّصُّ البيتَ فَدَخَلَ وأَخَذَ المالَ ونَاوَلَهُ آخَرَ خارِجَ البيتِ، فلا قَطْعَ عَلَيهما،

(ولا قَطْعَ على الضَّيفِ إذا سَرَقَ مِمَّنْ أضافَهُ)؛ لأنَّ البيتَ لم يَبقَ حِرزاً في حقِّهِ؛ لكونِهِ مأذوناً في دُخولِهِ، ولأنَّه بمنزلةِ أهلِ الدَّارِ، فيكونُ فِعلُهُ خيانةً لا سَرِقةً.

(ومَنْ سَرَقَ سَرِقَةً فَلَمْ يُخرِجْها مِنَ الدَّارِ لَمْ يُقْطَعْ)؛ لأنَّ الدَّارَ كلَّها حِرزٌ واحدٌ، فلا بدَّ من الإخراجِ منها، ولأنَّ الدَّارَ وما فيها في يدِ صاحِبِها معنىً، فتتمكَّنُ شبهةُ عدمِ الأخذِ، (فإنْ كانَتْ داراً فيها مَقاصِيرُ[1]، فَأَخْرَجَها مِنَ المَقْصُورَةِ إلى صَحْنِ الدَّارِ قُطِعَ)؛ لأنَّ كلَّ مَقصورةٍ باعتبارِ ساكِنِها حِرزٌ على حِدَة.

(وإنْ أغارَ إنسانٌ مِنْ أهلِ المَقاصِيرِ عَلَى مَقْصُورَةٍ فَسَرَقَ مِنْها قُطِعَ)؛ لِما بيَّنَّا.

(وإذا نَقَبَ اللِّصُّ البيتَ فَدَخَلَ وأَخَذَ المالَ ونَاوَلَهُ آخَرَ خارِجَ البيتِ، فلا قَطْعَ عَلَيهما)؛ لأنَّ الأوَّلَ لم يُوجَدْ منه الإخراجُ لاعتراضِ يَدٍ مُعتَبَرةٍ على المالِ قبلَ خروجِهِ، والثَّاني لم يُوجَدْ منه هَتكُ الحِرْزِ، فلم تتمَّ السَّرِقةُ من كلٍّ واحد.

وعن أبي يوسف رحمه الله: إنْ أخرجَ الدَّاخلُ يدَهُ وناوَلَها الخارجَ فالقَطعُ على الدَّاخلِ، وإنْ أدخَلَ الخارجُ يدَهُ فتناوَلَها من يدِ الدَّاخلِ فَعَلَيهما القطعُ. وهي بناء على مسألة تأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى[2].

---

(١) يعني: حُجُرات وبيوت. عناية.

(٢) وفي البناية: وهي مسألة إلقائه في الطريق، كذلك قال شيخي العلاء. اهـ وفي العناية: إشارة إلى مسألة نَقْب البيت.

وإنْ ألقَاهُ في الطَّريقِ وخَرَجَ فَأَخَذَهُ قُطِعَ، وكذلك إنْ حَمَلَهُ على حِمارٍ فَساقَهُ وأَخْرَجَهُ. وإذا دَخَلَ الحِرْزَ جماعَةٌ فَتَوَلَّى بَعْضُهُمُ الأَخْذَ قُطِعُوا جَمِيعاً. ومَنْ نَقَبَ البَيْتَ وأَدْخَلَ يَدَهُ فيهِ وأَخَذَ شَيْئاً لَمْ يُقْطَعْ، ....

(وإنْ ألقَاهُ في الطَّريقِ وخَرَجَ فَأَخَذَهُ قُطِعَ)، وقال زفر رحمه الله: لا يُقطَعُ؛ لأنَّ الإلقاء غيرُ مُوجِبٍ للقَطعِ، كما لو خَرَج ولم يأخذْ، وكذا الأخذُ من السِّكَّةِ كما لو أخَذَه غيرُهُ.

ولنا: أنَّ الرَّميَ حِيلةٌ يَعتادُها السُّرَّاقُ لِتَعذُّرِ الخُروجِ مع المَتاعِ، أو لِيتفرَّغَ لِقتالِ صاحبِ الدَّارِ أو لِلفِرارِ، ولم تَعترِضْ عليه يدٌ مُعتَبَرةٌ، فاعتُبِرَ الكلُّ فِعلاً واحداً، فإذا خرج ولم يأخذْهُ فهو مُضيِّعٌ لا سارقٌ.

قال: (وكذلك إنْ حَمَلَهُ على حِمارٍ فَساقَهُ وأَخْرَجَهُ)؛ لأنَّ سَيرَهُ مضافٌ إليه لِسَوقِهِ.

(وإذا دَخَلَ الحِرْزَ جماعَةٌ فَتَوَلَّى بَعْضُهُمُ الأَخْذَ قُطِعُوا جَمِيعاً)، قال العبدُ الضَّعيف: هذا استحسانٌ، والقياسُ أن يُقطَعَ الحاملُ وحدَهُ، وهو قولُ زفر رحمه الله؛ لأنَّ الإخراجَ وُجِد منه فتمَّتِ السَّرقةُ به.

ولنا: أنَّ الإخراجَ من الكلِّ معنىً لِلمُعاوَنةِ كما في السَّرقةِ الكبرى[1]، وهذا لأنَّ المعتادَ فيما بينهم أن يَحمِلَ البعضُ المَتاعَ ويَتشمَّرَ الباقون لِلدَّفعِ، فلو امتنَعَ القطعُ لأدَّى إلى سَدِّ بابِ الحدِّ.

قال: (ومَنْ نَقَبَ البَيْتَ وأَدْخَلَ يَدَهُ فيهِ وأَخَذَ شَيْئاً لَمْ يُقْطَعْ)، وعن أبي يوسف في الإملاء: أنَّه يُقطَعُ؛ لأنَّه أخرجَ المالَ من الحِرْزِ، وهو المقصودُ، فلا يُشتَرَطُ الدُّخولُ فيه، كما إذا أدخَلَ يدَهُ في صُندوقِ الصَّيرفي فأخرجَ الغِطريفي[2].

---

(١) وهي قطعُ الطَّريقِ، إذا باشَرَ بعضُهم القَطعَ وأخذَ المالِ، والباقونَ وقوفٌ، يجبُ حدُّ قطعِ الطَّريقِ على جميعِهِم؛ لكونهم دالَّةً. بناية.

(٢) و«الغطريفي» هو الدِّرهمُ المنسوب إلى غِطريف بن عطاء الكندي أميرِ خُراسان أيَّامَ الرَّشيد، والدَّراهمُ الغِطْريفيَّة كانت من أعزِّ النُّقود ببخارى، كذا في المُغرِب.

وإنْ طَرَّ صُرَّةً خارِجَةً مِنَ الكُمِّ لم يُقْطَعْ، وإنْ أدْخَلَ يَدَهُ في الكُمِّ يُقْطَعُ. وإنْ سَرَقَ مِنَ القِطارِ بَعِيراً أو حِمْلاً لَمْ يُقْطَعْ، ....

ولنا: أنَّ هَتْكَ الحِرزِ يُشتَرَطُ فيه الكمالُ تَحرُّزاً عن شُبهةِ العدمِ، والكمالُ في الدُّخولِ، وقد أمكَنَ اعتبارُهُ، والدُّخولُ هو المعتاد.

بخلافِ الصُّندوقِ؛ لأنَّ المُمكِنَ فيه إدخالُ اليدِ دونَ الدُّخولِ، وبخلافِ ما تَقدَّم من حَملِ بعضِ المتاعِ؛ لأنَّ ذلك هو المعتاد.

قال: (وإنْ طَرَّ[1] صُرَّةً خارِجَةً مِنَ الكُمِّ لم يُقْطَعْ، وإنْ أدْخَلَ يَدَهُ في الكُمِّ يُقْطَعُ)؛ لأنَّ في الوجهِ الأوَّلِ الرِّباطَ من خارجٍ، فَبِالطَّرِّ يتحقَّقُ الأخذُ من الظَّاهر، فلا يُوجَدُ هَتْكُ الحِرز. وفي الثَّاني الرِّباطُ من داخل، فبِالطَّرِّ يَتحقَّقُ الأخذُ من الحِرْزِ وهو الكُمُّ، ولو كان مكانَ الطَّرِّ حَلُّ الرِّباط، ثمَّ الأخذُ في الوجهين يَنعكِسُ الجواب لانعكاس العِلَّة.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّه يُقطَعُ على كلِّ حالٍ؛ لأنَّه مُحرَزٌ إمَّا بالكُمِّ أو بِصاحِبِه.

قلنا: الحِرزُ هو الكُمُّ لأنَّه يَعتَمِدُه[2]، وإنَّما قَصدُهُ قَطعُ المسافةِ أو الاستراحةُ فأشبَهَ الجُوالِقَ.

(وإنْ سَرَقَ مِنَ القِطارِ[3] بَعِيراً أو حِمْلاً لَمْ يُقْطَعْ)؛ لأنَّه ليس بِمُحرَزٍ مَقصوداً

---

(١) شقَّها وقطعها.

(٢) شرح العبارة: هو أنَّ صاحب المال يعتمد الكمَّ أو الجيب في حفظ المال، لا قيام نفسه، فصار الكمُّ كالصُّندوق، وهذا لأنَّ المَطرورَ كُمُّه إمَّا في حال المشي أو في غيره، فمقصودُهُ في الأوَّل ليس إلَّا قطعَ المسافةِ لا حفظَ المالِ، وإنْ كان الثاني فمقصودُهُ الاستراحةُ عن حفظ المال، وهو شغلُ قلبِهِ بمراقبته، فإنَّه مُتعِب للنَّفس فيربطه ليريح نفسه من ذلك، فإنَّما اعتمد الرَّبطَ والمقصودُ هو المعتبَرُ في هذا الباب، ألا ترى أنَّ مَن شقَّ جُوالِقاً على جَمَل يسير فأخذ ما فيه قُطع؛ لأنَّ صاحبَ المال اعتمدَ الجُوالِق، فكان السَّارقُ منه هاتكاً للحِرْز فيُقطع، ولو أخَذَ الجُوالِقَ بما فيه لا يُقطع. اهـ فتح القدير.

(٣) القطار: الإبلُ تَقطُر على نَسَق واحد، والجمعُ قُطُر، ومنه تَقاطَر القومُ إذا جاؤوا أرسالاً. عناية.

وإنْ شَقَّ الحِمْلَ وأخَذَ مِنهُ قُطِعَ. وإنْ سَرَقَ جُوالِقاً فيه مَتاعٌ وصاحِبُهُ يَحْفَظُهُ أو نائِمٌ عليهِ قَطِعَ.

فتمكَّنُ شبهةُ العدمِ، وهذا لأنَّ السَّائقَ والقائدَ والرَّاكبَ يَقصِدونَ قَطْعَ المسافةِ ونَقْلَ الأمتعةِ دونَ الحِفْظ. حتَّى لو كان مع الأحمالِ مَنْ يَتْبَعُها للحِفْظ قالوا: يُقطَع.

(وإنْ شَقَّ الحِمْلَ وأخَذَ مِنهُ قُطِعَ)؛ لأنَّ الجُوالِقَ في مثلِ هذا حِرزٌ؛ لأنَّه يُقصَدُ بوَضْعِ الأمتعةِ فيه صِيانَتُها كالكُمِّ، فَوُجِدَ الأخذُ من الحِرْز فيُقطَع.

(وإنْ سَرَقَ جُوالِقاً فيه مَتاعٌ وصاحِبُهُ يَحْفَظُهُ أو نائِمٌ عليهِ قَطِعَ)، ومعناه: إن كان الجُوالِقُ في مَوضعٍ هو ليس بِحِرزٍ كالطَّريقِ ونحوه، حتَّى يكونُ مُحرَزاً بصاحبِهِ لكونِهِ مُتَرصِّداً لحفظِهِ، وهذا لأنَّ المُعتَبَرَ هو الحِفظُ المُعتادُ، والجُلوسُ عندَهُ والنَّومُ عليه يُعدُّ حِفظاً عادةً، وكذا النَّومُ بِقُربٍ منه على ما اخترناه من قبل[1].

وذكر في بعض النُّسخ «وصاحبه نائمٌ عليه، أو حيث يكون حافظاً له»، وهذا يؤكِّد ما قدَّمناه من القول المختار، والله أعلم بالصَّواب.

---

(١) من قبل وهو قوله: « لأنَّه يُعدَّ النَّائمُ عند مَتاعه حافظاً له في العادة»، انظر ص (٤٩٧).

فصل في كيفية القطع وإثباته

ويُقْطَعُ يَمِينُ السَّارِقُ مِنَ الزَّنْدِ ويُحْسَمُ، فإنْ سَرَقَ ثانياً قُطِعَتْ رِجْلُهُ اليُسْرَى، فإنْ سَرَقَ ثالِثاً لَمْ يُقْطَعْ وَخُلِّدَ في السِّجنِ حتَّى يَتُوبَ. ....

(فصل في كيفية القطع وإثباته)

قال: (ويُقْطَعُ يَمِينُ السَّارِقُ مِنَ الزَّنْدِ ويُحْسَمُ[1])، فالقَطعُ لِما تَلوناه من قبلُ، واليمينُ بِقراءة عبدِ الله بنِ مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، ومن الزَّندِ لأنَّ الاسمَ يَتناولُ اليدَ إلى الإبطِ، وهذا المَفصِلُ - أعني: الرُّسغ - متيقَّنٌ به، كيف وقد صحَّ أنَّ النَّبيَّ ﷺ أَمَر بِقَطع يدِ السَّارق من الزَّند[2]، والحَسْمُ لقوله ﷺ: «فاقطعوه واحسِمُوه[3]»؛ ولأنَّه لو لم يُحسَمْ يُفضي إلى التَّلَفِ، والحَدُّ زاجرٌ لا مُتلِفٌ.

(فإنْ سَرَقَ ثانياً قُطِعَتْ رِجْلُهُ اليُسْرَى، فإنْ سَرَقَ ثالِثاً لَمْ يُقْطَعْ وَخُلِّدَ في السِّجنِ حتَّى يَتُوبَ)، وهذا استحسانٌ، ويُعَزَّر أيضاً، ذَكَره المشايخ رَحِمَهُمُ اللَّهُ.

---

(١) والحَسْمُ من حَسَم العِرْقَ: كواه بحديدة مُحمَّاة لئلا يسيل دمُهُ.

(٢) أخرج الدارقطني في كتاب الحدود والديات (٣٦٣) عن عَمرو بنِ شُعَيب عن أبيه عن جدِّه قال: كان صفوانُ بن أميَّةَ بنِ خَلَف نائماً في المسجدِ، ثيابُهُ تحتَ رأسِهِ، فجاء سارقٌ فأخَذَها، فأتى به النَّبيُّ ﷺ فأقرَّ السَّارقُ، فأمَرَ به النَّبيُّ ﷺ أن يُقطَعَ، فقال صفوان: يا رسولَ اللهِ أيقطَعُ رجلٌ من العربِ في ثوبي؟ فقال رسولُ الله ﷺ: «أفلا كان هذا قبلَ أن تَجيءَ به؟» ثمَّ قال رسولُ اللهِ ﷺ: «اِشفَعُوا ما لم يَصِل إلى الوالي، فإذا وصَلَ إلى الوالي فَعَفا فلا عَفا اللهُ عنه» ثمَّ أمَرَ بِقَطعِهِ من المَفصِل.

وأخرج ابن أبي شيبة في الحدود، باب: ما قالوا من أين تقطع (٢٨٥٩٩) عن رجاء بن حَيوَة أنَّ النَّبيَّ ﷺ قطَعَ رجلاً من المَفصِل.

(٣) أخرج الحاكم (٤/ ٤٢٢) (٨١٥٠) عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أنَّ رسول الله ﷺ أتي بسارقٍ قد سَرَقَ شَملَةً فقالوا: يا رسولَ اللهِ إنَّ هذا سَرَقَ، فقال رسولُ الله ﷺ: «ما إخالُهُ سَرَقَ»، فقال السَّارق: بلى يا رسول الله، فقال رسول الله ﷺ: «اذهبوا به فاقطَعُوا، ثمَّ احسِمُوهُ، ثمَّ ايتوني به» فَقُطِعَ، ثمَّ أُتِي به فقال: «تُبْ إلى الله»، فقال: تُبتُ إلى الله، فقال: «تاب اللهُ عليك»، هذا حديثٌ صحيحٌ على شرطِ مُسلمٍ ولم يُخرِّجاه.

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ: في الثَّالثةِ تُقطَعُ يدُهُ اليسرى، وفي الرَّابعةِ تُقطَعُ رجلُهُ اليمنى[1]؛ لقوله ﷺ: «مَن سرَقَ فاقطَعُوهُ، فإن عاد فاقطَعُوه، فإن عاد فاقطعوه، فإن عاد فاقطعوه[2]»، ويُروى مُفسَّراً[3] كما هو مذهبُهُ، ولأنَّ الثَّالثةَ مِثلُ الأولى في كَونِها جنايةً، بل فوقَها، فتكونُ أدعى إلى شَرْعِ الحدِّ.

ولنا: قولُ عليٍّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ فيه: «إنِّي لأستَحِي مِنَ اللهِ تعالى أن لا أدَعَ له يداً يأكلُ بها ويَستنجِي بها، ورجلاً يمشي عليها[4]»، وبهذا حاجَّ بقيَّةَ الصَّحابةِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ فحَجَّهم فانعقَدَ إجماعاً، ولأنَّه إهلاكٌ معنىً؛ لِما فيه مِن تَفويتِ جِنسِ المَنفعةِ، والحدُّ زاجرٌ، ولأنَّه نادرُ الوجودِ، والزَّجرُ فيما يَغلِب وُقوعُهُ.

---

(١) قال النووي في الروضة (٧/ ٣٥٩) الكتب العلمية: الواجبُ على السَّارق شيئان:
أحدهما: ردُّ المال إن كان باقياً، وضمانُهُ إن تَلِف، سواء في ذلك الغنيُّ والفقير.
الثاني: القطعُ، فتُقطع من السَّارقِ والسَّارقةِ يده اليمنى، فإن سرق ثانياً، قُطعت رجلُهُ اليُسرى، فإن سرق ثالثاً، قُطِعت يده اليسرى، فإن سرق رابعاً، قطعت رجله اليمنى، فإن سرق بعد ذلك، عُزِّر. اهـ.

(٢) تقدَّم في ص (٤٩٣) ت (١).

(٣) أخرج الطبراني في الكبير (١٧/ ١٨٢) (١٤١٧١)، والدار قطني في كتاب الحدود والديات برقم (١٧١) عن عصمة بن مالك قال: سَرَق مَملوكٌ في عهدِ النَّبيِّ ﷺ فرُفِع إلى رسولِ الله ﷺ فعفا عنه، ثمَّ رُفِع إليه الثانية وقد سَرَق فعَفا عنه، ثمَّ رُفِع الثَّالثةَ فعَفا عنه، ثمَّ رُفِع إليه الرَّابعة وقد سَرَق فعَفا عنه، ثمَّ رُفِع إليه الخامسةَ وقد سَرَق فقَطَع يدَهُ، ثمَّ رُفِع إليه السَّادسةَ فقَطَع رِجلَهُ، ثمَّ رُفِع إليه السَّابعةَ فقَطَع يدَهُ، ثمَّ رُفِع إليه الثَّامنةَ، فقَطَع رجلَهُ، وقال رسول الله ﷺ: «أربعٌ بأربعٍ».

(٤) قال الزيلعي (٣/ ٣٧٤): رواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار: أخبرنا أبو حنيفة عن عَمرِو بنِ مُرَّة عن عبد الله بن سلمة عن علي بن أبي طالب قال: إذا سَرَقَ السَّارقُ قَطعتُ يدَهُ اليُمنى، فإن عادَ قطعتُ رجلَهُ اليسرى، فإن عاد ضمَّنتُهُ السِّجنَ، حتَّى يُحدِث خيراً، إنِّي أستحيي من اللهِ أن أدَعَه ليس له يدٌ يأكلُ بها، ويَستنجي بها، ورِجلٌ يمشي عليها.
وأخرج عبد الرزاق في اللقطة، باب: قطع السارق (١٨٧٦٤) عن الشَّعبيِّ قال: كان عليٌّ لا يقطعُ إلَّا اليدَ والرِّجلَ، وإن سَرَق بعد ذلك سَجَن ونَكَّلَ، وكان يقول: «إنِّي لأستحيي من اللهِ ألَّا أدعَ له يداً يأكلُ بها ويستنجي».

وإذا كان السَّارِقُ أشَلَّ اليدِ اليُسْرَى، أو أقطَعَ، أو مَقْطُوعَ الرِّجلِ اليُمْنَى، لَمْ يُقْطَعْ، وكذا إذا كانتْ إبهامُهُ اليُسرَى مَقطُوعَةً، أو شَلاءَ، أو الأُصبُعانِ منها سِوَى الإبهامِ، فإنْ كانَتْ أُصبُعٌ واحِدَةٌ سِوَى الإبهامِ مَقْطُوعَةً، أو شَلاءَ قُطِعَ. ....

بخلاف القِصاصِ[1] لأنَّه حقُّ العبدِ فَيُستوفى ما أمكَنَ جبراً لحقِّه، والحديثُ طَعَنَ فيه الطَّحاويُّ رَحِمَهُ اللهُ[2]، أو نَحمِلُه[3] على السِّياسةِ.

(وإذا كان السَّارِقُ أشَلَّ اليدِ اليُسْرَى، أو أقطَعَ، أو مَقْطُوعَ الرِّجلِ اليُمْنَى، لَمْ يُقْطَعْ)؛ لأنَّ فيه تَفويتَ جنسِ المَنفعةِ بَطْشاً أو مَشياً، وكذا إذا كانت رِجلُه اليمنى شَلاءَ؛ لِما قلنا.

(وكذا إذا كانتْ إبهامُهُ اليُسرَى مَقطُوعَةً أو شَلاءَ أو الأُصبُعانِ منها سِوَى الإبهام)؛ لأنَّ قِوامَ البَطشِ بالإبهام، (فإنْ كانَتْ أُصبُعٌ واحِدَةٌ سِوَى الإبهامِ مَقْطُوعَةً أو شَلاءَ قُطِعَ)؛ لأنَّ فواتَ الواحدةِ لا يُوجِبُ خَلَلاً ظاهراً في البَطشِ، بخلاف فواتِ الأُصبعين؛ لأنَّهما ينزلان منزلةَ الإبهامِ في نُقصان البطش.

---

(١) جوابُ سؤالٍ تقديره:
لو قَطَعَ رجلٌ أربعَةَ أطرافِ غيرِهِ، اقتُصَّ منه بالإجماع، وجميعُ ما ذكرتُم من المَحظوراتِ هناك موجودٌ هنا، لأنَّه لا يبقى له يدٌ يأكلُ بها ويستنجي بها، ورِجلٌ يمشي عليها، وفيه تفويتُ جنسِ المَنفعةِ ونادرُ الوُجودِ. عناية.

(٢) أي: الحديثُ الذي رواه الشَّافعيُّ دليلاً على دعواه هذه، طعَنَ فيه الطَّحاويُّ، قال: تَتبَّعنا هذه الآثارَ فلم نَجِدْ لشيءٍ منها أصلاً. أشار بها إلى ما رواه الشَّافعيُّ، وقال أبو نَصر البغدادي: قال الطَّحاويُّ: إنَّه حديثٌ لا أصلَ له؛ لأنَّ كلَّ مَن لَقِيناه من حفَّاظِ الحديثِ يُنكرونَهُ ويقولون: لم نَجِد له أصلاً. عناية.

(٣) أي: الحديث الذي استدلَّ به الشَّافعي، بدليل ما ورد في ذلك الحديثِ من الأمرِ بالقَتلِ في المرَّةِ الخامسةِ.

وإذا قال الحاكِمُ لِلحَدَّادِ: «اِقطَعْ يَمِينَ هذا في سَرِقَةٍ سَرَقَها»، فَقَطَعَ يَسارَهُ عَمْداً أو خَطأً، فلا شَيءَ عليه عند أبي حنيفة، وقالا: لا شَيءَ عليه في الخَطأ، ويَضْمَنُ في العَمْدِ. ....

قال: (وإذا قال الحاكِمُ لِلحَدَّادِ: «اِقطَعْ يَمِينَ هذا في سَرِقَةٍ سَرَقَها»، فَقَطَعَ يَسارَهُ عَمْداً أو خَطأً، فلا شَيءَ عليه عند أبي حنيفة، وقالا: لا شَيءَ عليه في الخَطأ ويَضْمَنُ في العَمْدِ)، وقال زفر رَحِمَهُ اللهُ: يضمنُ في الخطأ أيضاً، وهو القياس.

والمرادُ بالخطأ هو الخطأ في الاجتهاد[1]، وأمَّا الخطأ في معرفة اليمينِ واليسارِ لا يُجعلُ عفواً. وقيل: يُجعَلُ عُذراً أيضاً.

له: أنَّه قطَعَ يداً معصومةً، والخطأُ في حقِّ العبادِ غيرُ موضوعٍ، فَيَضمَنُها.

قلنا: إنَّه أخطأ في اجتهادِهِ، إذ ليس في النَّصِّ تعيينُ اليمينِ، والخطأُ في الاجتهادِ موضوعٌ.

ولهما: أنَّه قطَعَ طَرَفاً مَعصوماً بغير حقٍّ ولا تأويلٍ؛ لأنَّه تعمَّدَ الظُّلمَ فلا يُعفَى وإن كان في المُجتهَداتِ، وكان ينبغي أن يَجِبَ القِصاصُ إلَّا أنَّه امتنَعَ للشُّبهة[2].

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ: أنَّه أتلَفَ وأخلَفَ من جنسِهِ ما هو خيرٌ منه، فلا يُعدُّ إتلافاً، كَمَن شَهِدَ على غيرِهِ بِبَيعِ مالِهِ بِمِثْلِ قيمتِهِ ثمَّ رجَعَ، وعلى هذا لو قطَعَهُ غيرُ الحدَّادِ لا يَضمَنُ أيضاً، هو الصَّحيح.

ولو أخرَجَ السَّارقُ يَسارَهُ وقال: هذه يميني، لا يضمَنُ بالاتِّفاق؛ لأنَّه قَطَعه بأمره.

---

(١) يعني: في قوله تعالى: ﴿فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المَائدة: ٣٨] حيث زعم أنَّ الكتاب مطلق عن قيد اليمين. بناية.

(٢) أي: لأجل الشُّبهةِ الثَّابتةِ من إطلاقِ النَّصِّ.

ولا يُقْطَعُ السَّارِقُ إلَّا أنْ يَحْضُرَ المَسْرُوقُ منهُ فَيُطالِبُ بِالسَّرِقَةِ، وكذا إذا غابَ عندَ القطعِ عندنا. ولِلْمُستَودَعِ والغاصِبِ وصاحِبِ الرِّبا أنْ يَقْطَعُوا السَّارِقَ مِنْهُم.

ثمَّ في العَمْد عندَهُ عليه[1] ضمانُ المالِ؛ لأنَّه لم يقع حدّاً[2]. وفي الخطأ كذلك على هذه الطَّريقةِ[3]، وعلى طريقةِ الاجتهاد[4] لا يَضمَنُ.

(ولا يُقْطَعُ السَّارِقُ إلَّا أنْ يَحْضُرَ المَسْرُوقُ منهُ، فَيُطالِبُ بِالسَّرِقَةِ)؛ لأنَّ الخُصومةَ شَرطٌ لِظُهورِها، ولا فرقَ بين الشَّهادةِ والإقرارِ عندنا، خلافاً للشَّافعيِّ في الإقرار[5]؛ لأنَّ الجنايةَ على مالِ الغيرِ لا تظهرُ إلَّا بِخُصومتِهِ، **(وكذا إذا غابَ عندَ القطعِ عندنا)**؛ لأنَّ الاستيفاءَ من القضاءِ في باب الحدود.

(ولِلْمُستَودَعِ والغاصِبِ وصاحِبِ الرِّبا أنْ يَقْطَعُوا السَّارِقَ مِنْهُم)، ولربِّ الوديعةِ أن يَقْطَعَه أيضاً، وكذا المغصوبُ منه.

---

(١) أي: على السارق.

(٢) وإنَّما خصَّ أبا حنيفة بالذِّكرِ وإن كان الضَّمانُ على السَّارقِ بالاتِّفاقِ، دَفْعاً لِما عسى أن يُتوَهَّم أنَّ قَطْعَ اليسارِ وَقَعَ حدّاً عنده، حيثُ لم يُوجِبِ الضَّمانَ على الحدَّادِ، فأزال ذلك بِبيانِ وُجوبِ الضَّمانِ إيذاناً بأنَّ القَطْعَ لم يقع حدّاً، إذِ القَطْعُ حدّاً والضَّمانُ لا يَجتمِعان، وعدَمُ الضَّمانِ على الحَدَّادِ باعتبارِ أنَّه أخلَفَ خيراً، لا باعتبارِ أنَّ القَطْعَ وقَعَ حدّاً.
وأمَّا على مَذهبِهِما فظاهرٌ لا حاجةَ إلى ذكرِهِ؛ لأنَّهما يُضمِّنانِ الحَدَّادَ في العمدِ، فلا يَقَعُ القَطعُ حدّاً لا محالةَ، فَيَضمَنُ السَّارقُ لِعَدَمِ لُزومِ الجَمعِ بين الضَّمانِ والقَطعِ حدّاً. عناية.

(٣) أي: على طريقةِ أنَّ القطعَ لم يَقَعْ حدّاً؛ لأنَّه إذا لم يقَعْ حدّاً لم يُوجَدْ ما يُنافي الضَّمانَ، والمُقتضي - وهو الإتلاف - موجودٌ، فَيَجبُ الضَّمانُ ألبتَّةَ. عناية.

(٤) أي: طريقةِ الاجتهاد الذي قلنا في طريقِ أبي يوسف ومحمَّد أنَّ ضمانَ اليدِ على الحدَّادِ بَطَلَ بطريقِ الاجتهاد، لا يَضمَنُ السَّارقُ المالَ لِوُقوعِ القَطعِ مَوقِعَ الحدِّ بالاجتهاد، والضَّمانُ والقَطعُ حدّاً لا يَجتمعان. عناية.

(٥) قال النووي في الروضة (٧/ ٣٥٥) الكتب العلمية: إذا أقر السَّارقُ ابتداءً من غير تقدُّم دعوى، بأنَّه سرق من زيدٍ الغائب سرقةً تُوجب القطعَ، فهل يُقطَع في الحال، أم يُنتَظَر حضورُ زيد ومطالبته؟ وجهان، أصحُّهما: الثَّاني، لأنه ربَّما حضر وأقرَّ أنَّه كان أباحه المال، فَيَسقُطُ الحدُّ وإن كذَّبه السَّارق، والحدُّ يَسقطُ بالشُّبهة، فتأخيره أولى. اهـ.

وإنْ قُطِعَ سارِقٌ بِسَرِقَةٍ، فَسُرِقَتْ منهُ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ولا لِرَبِّ السَّرِقَةِ أنْ يَقْطَعَ السَّارِقَ الثَّاني، ....

وقال زفر والشَّافعيُّ: لا يُقطَعُ بخصومةِ الغاصِبِ والمُستودَعِ[١]، وعلى هذا الخلافِ المُستعيرُ والمُستأجِرُ والمُضارِبُ والمُستبضِعُ والقابِضُ على سَومِ الشِّراء والمُرتَهِن وكلُّ مَن له يَدٌ حافظةٌ سوى المالك، ويُقطَع بِخُصومةِ المالِكِ في السَّرقةِ من هؤلاءِ، إلَّا أنَّ الرَّاهنَ إنَّما يُقطَع بخصومتهِ حالَ قيامِ الرَّهنِ بعد قضاءِ الدَّين؛ لأنَّه لا حقَّ له في المُطالبة بالعين بدونه.

والشَّافعيُّ بناه على أصلِهِ أنْ لا خُصومةَ لهؤلاءِ في الاسترداد عنده.

وزفر يقول: ولايةُ الخصومةِ في حقِّ الاستردادِ ضرورةُ الحفظِ، فلا تَظهَرُ في حقِّ القَطعِ؛ لأنَّ فيه تفويتَ الصِّيانةِ.

ولنا: أنَّ السَّرقةَ مُوجِبةٌ للقَطعِ في نَفسِها، وقد ظهرت عند القاضي بحجَّةٍ شرعيَّةٍ، وهي شهادةُ رجلين عَقيبَ خُصومةٍ مُعتَبَرةٍ مُطلَقاً، إذِ الاعتبارُ لحاجَتِهِم إلى الاستردادِ، فيستوفي القطعَ، والمقصودُ من الخُصومةِ إحياءُ حقِّه وسُقوطُ العِصمةِ ضَرورةَ الاستيفاءِ فلم يُعتَبَر، ولا مُعتَبَرَ بِشُبهةٍ موهومةِ الاعتراضِ، كما إذا حَضَر المالكُ وغابَ المُؤتَمَن، فإنَّه يُقطَعُ بِخُصومتِهِ في ظاهر الرِّواية، وإن كانت شبهةُ الإذنِ في دُخولِ الحِرْز ثابتةً.

(وإنْ قُطِعَ سارِقٌ بِسَرِقَةٍ، فَسُرِقَتْ منهُ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ولا لِرَبِّ السَّرِقَةِ أنْ يَقْطَعَ السَّارِقَ الثَّاني)؛ لأنَّ المالَ غيرُ مُتقوِّمٍ في حقِّ السَّارق، حتَّى لَا يجبُ عليه الضَّمانُ بالهلاكِ، فلم تَنعقِدْ مُوجِبةً في نفسها[٢]، ....

---

(١) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٤/ ٢١١) دار الفكر: (ولو غَصَبَ مالاً) أو سَرَقَه (وأحرَزَهُ بِحِرزِهِ، فَسَرَق المالكُ منه مالَ الغاصِبِ، أو) سَرَقَ (أجنبيٌّ) منه المالَ (المَغصوبَ) أو المَسروقَ، (فلا قَطْعَ) على واحدٍ منهما (في الأصحِّ). اهـ.

(٢) أي: فلم تنعقد السرقةُ موجبةً للقطع في نفسها.

ولو سَرَقَ الثَّاني قبلَ أنْ يُقْطَعَ الأوَّلُ، أو بعدَ ما دُرِئَ الحَدُّ بِشُبهةٍ يُقْطَعُ بِخُصُومَةِ الأوَّل. ومَنْ سَرَقَ سَرِقَةً فَرَدَّها على المالِكِ قَبْلَ الارتفاعِ إلى الحاكمِ لَمْ يُقْطَعْ. وإذا قُضِيَ على رَجُلٍ بِالقَطْعِ في سَرِقَةٍ فَوُهِبَتْ لَهُ لَمْ يُقْطَعْ. وكذلكَ إذا باعَها المالِكُ إيَّاهُ. ....

وللأوَّلِ[1] ولايةُ الخُصومةِ في الاستردادِ في روايةٍ؛ لحاجته؛ إذِ الرَّدُّ واجبٌ عليه.

(ولو سَرَقَ الثَّاني قبلَ أنْ يُقْطَعَ الأوَّلُ، أو بعدَ ما دُرِئَ الحَدُّ بِشُبهةٍ يُقْطَعُ بِخُصُومَةِ الأوَّل)؛ لأنَّ سقوطَ التَّقوُّمِ ضرورةَ القطعِ، ولم يُوجَد، فصار كالغاصب.

(ومَنْ سَرَقَ سَرِقَةً فَرَدَّها على المالِكِ قَبْلَ الارتفاعِ إلى الحاكمِ لَمْ يُقْطَعْ)، وعن أبي يوسف: أنَّه يُقطَع اعتباراً بما إذا ردَّه بعد المُرافعة.

وجهُ الظَّاهر: أنَّ الخُصومةَ شرطٌ لِظُهورِ السَّرقةِ؛ لأنَّ البيِّنَةَ إنَّما جُعلت حُجةً ضرورةَ قطعِ المُنازعةِ، وقد انقطعتِ الخُصومةُ، بخلاف ما بعد المُرافعةِ لانتهاءِ الخُصومة لِحُصولِ مَقصودِها، فتبقى تقديراً.

(وإذا قُضِيَ على رَجُلٍ بِالقَطْعِ في سَرِقَةٍ فَوُهِبَتْ لَهُ لَمْ يُقْطَعْ)، معناه: إذا سُلِّمت إليه. (وكذلكَ إذا باعَها المالِكُ إيَّاهُ).

وقال زفر والشَّافعيُ[2]: يُقطَع، وهو روايةٌ عن أبي يوسف؛ لأنَّ السَّرقةَ قد تمَّت انعقاداً وظهوراً، وبهذا العارضِ[3] لم يَتبيَّن قيامُ المِلكِ وقتَ السَّرقةِ فلا شُبهةَ.

---

(١) أي: وللسَّارق الأول.

(٢) قال النووي في الروضة (٧٣٣٠) الكتب العلمية: لو طرأ الملكُ في المسروق قبلَ إخراجِهِ من الحِرز، بأن وَرِثَه السَّارق، أو اشتراه، أو اتَّهبه وهو في الحِرز، فلا قطع، وإن طرأ الملكُ بعد إخراجه من الحرزِ، لم يَسقطِ القطعُ، لكن لو وقع ذلك قبل الرَّفع إلى القاضي لم يُمكِن استيفاءُ القَطع بناءً على أنَّ استيفاء القطعِ يتوقَّفُ على دعوى المسروق منه ومطالبته بالمال. اهـ.

(٣) المراد بالعارض ثبوتُ المِلك للسَّارق بسبب الهبة أو البيع.

وكذا إذا نَقَصَتْ قِيمَتُها مِنَ النِّصابِ، ....

ولنا: أنَّ الإمضاءَ من القضاءِ[1] في هذا الباب لِوُقوعِ الاستغناءِ عنه بالاستيفاءِ، إذ القضاءُ للإظهارِ، والقَطعُ حقُّ الله تعالى وهو ظاهرٌ عنده، وإذا كان كذلك[2] يُشتَرَطُ قيامُ الخصومةِ عند الاستيفاءِ[3]، وصار كما إذا مَلَكَها منه قبل القضاءِ.

قال: (وكذا إذا نَقَصَتْ قِيمَتُها مِنَ النِّصابِ[4])، يعني: قبلَ الاستيفاءِ بعد القضاءِ. وعن محمَّد: أنَّه يُقطعُ، وهو قولُ زفر والشَّافعي[5] اعتباراً بالنُّقصانِ في العين[6].

ولنا: أنَّ كمالَ النِّصابِ لمَّا كان شرطاً يُشتَرَطُ قيامُهُ عند الإمضاء لِما ذكرنا[7].

بخلاف النُّقصانِ في العينِ؛ لأنَّه[8] مضمونٌ عليه، فكَمُلَ النِّصابُ عيناً ودَيناً[9]، كما إذا استُهلِكَ كلُّه[10]، أمَّا نُقصانُ السِّعرِ فغيرُ مضمونٍ[11]، فافترقا.

---

(١) معناه: أنَّ استيفاءَ الحدِّ بالفعل هو من القضاء في باب الحدود، وعليه فما قبلَ الاستيفاءِ كما قبلَ القضاء، ولو مَلَكَه قبل القضاء لا يُقطَع، فكذا قبل الاستيفاء. فتح بتصرف.

(٢) أي: إذا كان الإمضاء من القضاء.

(٣) أي: كما يشترطُ قيامها عند القضاء، ولكنَّ الخصومةَ عند الاستيفاء مُنتفيةٌ لوجود الهبة.

(٤) أي: بأن كانت قيمتُهُ يومَ سُرِقَ عشرةَ دراهم، ويومَ القَطعِ أقلَّ، فإنَّه لا يقطع.

(٥) قال الماوردي في الحاوي (١٣/ ٣٠١) الكتب العلمية: قيمة السَّرقةِ في القطع مُعتبرَةٌ بوقتِ إخراجِها، فإن بلغت نصاباً ثمَّ نَقَصَت عن النِّصاب بعدَ إخراجِها قُطع، ولم يَسقط عنه القَطعُ بنقصان القيمة، سواءٌ نَقَصت قيمَتُها بنقصان عينها أو لِنُقصان سِعرها. اهـ.

(٦) أي: فإنَّه إذا كانت ذاتُ العينِ ناقِصةً وقتَ الاستيفاءِ، والباقي منها لا يساوي عشرَةً، يُقطَعُ بالاتِّفاق. فتح.

(٧) أي: من أنَّ الإمضاءَ من القضاءِ، وهو منتفٍ في نقصانِ القيمةِ. فتح.

(٨) أي: ما استهلَكَه السَّارقُ من العَينِ مضمونٌ عليه.

(٩) أي: فكان الثَّابتُ عند القَطعِ نصاباً كاملاً، بعضُهُ دَينٌ وبعضُهُ عينٌ. فتح.

(١٠) أي: وصار كما لو كان السَّارقُ استهلَكَهُ كلَّهُ، فإنَّه يُقطَعُ به لقيامِهِ إذ ذاك، ثمَّ يَسقُطُ ضمانُهُ.

(١١) أي: بخلافِ نُقصانِ السِّعرِ فإنَّه لا يَضمَنُه؛ لأنَّه يكونُ لِفُتورِ الرَّغباتِ، وذا لا يكون مضموناً على أحد، فلم تكن العينُ قائمةً حقيقةً ومعنىً، فلم يُقطَع. فتح عن النهاية.

وإذا ادَّعَى السَّارِقُ أنَّ العَينَ المَسْرُوقَةَ مِلْكُهُ، سَقَطَ القَطْعُ عنه وإنْ لَمْ يُقِمْ بَيِّنَةً. وإذا أقَرَّ رَجُلانِ بِسَرِقَةٍ، ثُمَّ قال أحَدُهما: «هو مالي»، لم يُقْطَعا. فإنْ سَرَقا ثُمَّ غابَ أحَدُهما وشَهِدَ الشَّاهدانِ على سَرِقَتِهما، قُطِعَ الآخَرُ في قَولِ أبي حنيفة الآخِرِ، وهو قَولُهما. ....

(وإذا ادَّعَى السَّارِقُ أنَّ العَينَ المَسْرُوقَةَ مِلْكُهُ سَقَطَ القَطْعُ عنه وإنْ لَمْ يُقِمْ بَيِّنَةً)، معناه: بعدما شَهِدَ الشَّاهدان بالسَّرقة.

وقال الشَّافعي: لا يَسقُطُ بِمُجرَّد الدَّعوى[1]؛ لأنَّه لا يَعجَزُ عنه سارقٌ، فيؤدِّي إلى سدِّ باب الحدِّ.

ولنا: أنَّ الشُّبهةَ دارئةٌ، وتتحقَّقُ بمجرَّدِ الدَّعوى للاحتمال، ولا مُعتَبَرَ بما قال[2] بدليلِ صحَّةِ الرُّجوعِ بعد الإقرار[3].

(وإذا أقَرَّ رَجُلانِ بِسَرِقَةٍ، ثُمَّ قال أحَدُهما: «هو مالي»، لم يُقْطَعا)؛ لأنَّ الرُّجوعَ عاملٌ في حقِّ الرَّاجعِ، ومُورِثٌ لِلشَّبهةِ في حَقِّ الآخَرِ؛ لأنَّ السَّرقةَ تَثبُتُ بإقرارِهما على الشَّركةِ.

(فإنْ سَرَقا ثُمَّ غابَ أحَدُهما وشَهِدَ الشَّاهدانِ على سَرِقَتِهما، قُطِعَ الآخَرُ في قَولِ أبي حنيفة الآخِرِ، وهو قَولُهما)، وكان يقول أوَّلاً: لا يُقطَع، لأنَّه لو حَضَر ربَّما يدَّعي الشُّبهةَ.

---

(١) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٤/ ٢٠٠) دار الفكر: (وكذا) لا يُقطَعُ السَّارقُ (إنِ ادَّعى مِلكَهُ) أي: المسروق، أو مَلَكَ بعضَه (على النَّصِّ)، ولم يُسند المِلكَ إلَّا بعد السَّرقةِ وبعدَ الرَّفع إلى الحاكم، وثبتت السَّرقةُ بالبيِّنةِ، لاحتمال صِدقهِ، فصار شبهةً دارئةً للقطع، ويُروى عن الإمام الشَّافعيِّ ﵁ أنَّه سمَّاه السَّارق الظَّريف، أي: الفقيه. وفي وجهٍ أو قولٍ مُخرَّجٍ: يُقطَع لئلا يَتَّخِذ النَّاس ذلك ذريعةً لدفع الحد. اهـ.

(٢) أي: بقول الشَّافعي: «إنَّه لا يَعجَزُ عنه سارق».

(٣) أي: بعد الإقرار بالسَّرقةِ، مع أنَّه لا يعجزُ عن الرُّجوعِ سارقٌ، وما من مقرٍّ إلَّا ويتمكَّن من الرُّجوعِ، وكان ذلك معتَبَراً في إيراثِ الشُّبهةِ، فكذا هذا. بناية.

وإذا أقَرَّ العبدُ المَحجُورُ عليهِ بِسَرِقَةِ عَشَرَةِ دَراهِمَ بِعَينِها ، فَإنَّهُ يُقْطَعُ ، وتُرَدُّ السَّرِقَةُ إلى المَسروقِ منه. ولو أقَرَّ بِسَرِقَةِ مالٍ مُسْتَهلَكٍ قُطِعَتْ يَدُهُ، ولو كان العبدُ مأذوناً لَهُ يُقطَعُ في الوَجْهينِ. ....

وجهُ قولِهِ الآخِرِ: أنَّ الغَيبةَ تمنعُ ثُبوتَ السَّرقةِ على الغائبِ، فيبقى مَعدُوماً، والمَعدومُ لا يُورِثُ الشُّبهَةَ، ولا مُعتبَرَ بتوهُّمِ حدوثِ الشُّبهة على ما مرَّ[١].

(وإذا أقَرَّ العبدُ المَحجُورُ عليهِ بِسَرِقَةِ عَشَرَةِ دَراهِمَ بِعَينِها ، فَإنَّهُ يُقْطَعُ وتُرَدُّ السَّرِقَةُ إلى المَسروقِ منه)، وهذا عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ. وقال أبو يوسف: يُقطَعُ والعَشَرةُ للمولى. وقال محمد: لا يُقطَع والعشرةُ للمولى، وهو قولُ زفر. ومعناه: إذا كَذَّبه المولى[٢].

(ولو أقَرَّ[٣] بِسَرِقَةِ مالٍ مُستَهلَكٍ قُطِعَتْ يَدُهُ، ولو كان العبدُ مأذوناً لَهُ يُقطَعُ في الوَجْهينِ[٤]).

وقال زفر: لا يُقطَع في الوجوه كلِّها؛ لأنَّ الأصلَ عنده أنَّ إقرارَ العبدِ على نفسِهِ بالحدودِ والقِصاصِ لا يصحُّ؛ لأنَّه يَرِدُ على نفسِهِ وطَرَفِهِ، وكلُّ ذلك مالُ المولى، والإقرارُ على الغيرِ غيرُ مَقبولٍ، إلَّا أنَّ المأذونَ له يُؤاخَذ بالضَّمانِ والمالِ[٥]؛ لصحَّة إقرارِهِ به؛ لكونه مُسَلَّطاً عليه من جهتِه، والمحجورُ عليه لا يصحُّ إقرارُه بالمال أيضاً.

---

(١) يريد قولَه: «ولا مُعتبَر بشبهة موهومة الاعتراض» انظر ص (٥٠٧).

(٢) أي: ومعنى قولِ محمد: «والعشرة للمولى» إذا كذَّبه المولى، بأن قال: المالُ مالي، فالعشرةُ له، ولا يقطع العبدُ. بناية.

(٣) أي: العبدُ المحجور عليه.

(٤) أي: فيما إذا كان المالُ قائماً أو مستهلَكاً.

(٥) يؤاخذ بالضَّمان، يعني: في المستهلك. ويؤاخذ بالمال، يعني: إذا كان قائماً في يده.

ونحن نقول: يصحُّ إقرارُهُ من حيثُ إنَّه آدميٌّ، ثمَّ يتعدَّى إلى الماليَّةِ، فَيَصحُّ من حيثُ إنَّه مالٌ، ولأنَّه لا تُهمةَ في هذا الإقرارِ؛ لِما يَشتمِلُ عليه من الإضرار، ومثلُهُ مَقبولٌ على الغير.

لمحمَّد في المَحجورِ عليه: أنَّ إقرارَهُ بالمالِ باطلٌ، ولهذا لا يصحُّ منه الإقرارُ بالغَصْبِ، فيبقى مالُ المولى، ولا قَطْعَ على العبدِ في سَرِقةِ مالِ المولى. يؤيِّدُه أنَّ المالَ أصلٌ فيها، والقطعَ تابعٌ حتَّى تُسمَعُ الخصومةُ فيه بدون القطعِ، ويثبتُ المالُ دونه، وفي عكسِهِ لا تُسمعُ ولا يَثبُت، وإذا بَطَل فيما هو الأصلُ بطَلَ في التَّبعِ، بخلافِ المأذونِ؛ لأنَّ إقرارَهُ بالمالِ الذي في يده صحيحٌ، فيصحُّ في حقِّ القطعِ تَبعاً.

ولأبي يوسف: أنَّه أقرَّ بشيئين: بالقَطْعِ، وهو على نفسِهِ، فيصحُّ على ما ذكرناه. وبالمالِ وهو على المولى، فلا يصحُّ في حقِّه فيه، والقَطعُ يُستَحقُّ بدونِهِ؛ كما إذا قال الحُرُّ: «الثَّوبُ الذي في يدِ زيدٍ سَرَقتُه من عمروٍ»، وزيدٌ يقول: «هو ثوبي»، تُقطَعُ يَدُ المُقرِّ وإنْ كان لا يُصدَّقُ في تعيين الثَّوب، حتَّى لا يُؤخذُ من زيدٍ.

ولأبي حنيفة: أنَّ الإقرارَ بالقَطْعِ قد صحَّ منه لِما بيَّنَّا[1]، فيصحُّ بالمالِ بناءً عليه؛ لأنَّ الإقرارَ يُلاقي حالةَ البقاءِ، والمالُ في حالةِ البقاءِ تابعٌ للقَطْع، حتَّى تَسقطُ عِصمةُ المالِ باعتبارِهِ، ويُستوفَى القطعُ بعدَ استهلاكه.

بخلاف مسألةِ الحُرِّ؛ لأنَّ القطعَ إنَّما يَجبُ بالسَّرقةِ من المُودَعِ، أمَّا ما لا يجب بسرقةِ العبدِ مالَ المولى فافترقا.

ولو صَدَّقَه المولى يُقطَع في الفُصولِ كلِّها لِزَوالِ المانعِ.

---

(١) إشارة إلى قوله: «ونحن نقول: يصحُّ إقرارُه من حيث إنَّه آدمي»، بالمذكور في رأس هذه الصفحة.

وإذا قُطِعَ السَّارقُ والعَينُ قائِمَةٌ في يَدِهِ رُدَّتْ على صاحِبِها وإنْ كانَتْ مُسْتَهْلَكَةً لَمْ يَضْمَنْ. ....

قال: (وإذا قُطِعَ السَّارقُ والعَينُ قائِمَةٌ في يَدِهِ رُدَّتْ على صاحِبِها)؛ لبقائِها على مِلكه، (وإنْ كانَتْ مُسْتَهْلَكَةً لَمْ يَضْمَنْ)، وهذا الإطلاقُ يَشمَلُ الهلاكَ والاستهلاكَ، وهو روايةُ أبي يوسف عن أبي حنيفة، وهو المشهورُ. وروى الحسنُ عنه أنَّه يَضمَنُ بالاستهلاك.

وقال الشَّافعيُّ[1]: يَضمَنُ فيهما؛ لأنَّهما حقَّان قد اختَلَفَ سبباهما، فلا يَمتنِعانِ، فالقَطعُ حقُّ الشَّرعِ وسببُهُ تَركُ الانتهاءِ عمَّا نهى عنه، والضَّمانُ حقُّ العبدِ وسببُهُ أخذُ المالِ، فصار كاستهلاكِ صيدٍ مَملوكٍ في الحَرَمِ، أو شُربِ خَمرٍ مملوكةٍ لذمِّيٍّ.

ولنا: قولُه ﷺ: «لا غُرمَ على السَّارقِ بعدما قُطِعتْ يمينُهُ[2]»، ولأنَّ وجوبَ الضَّمانِ يُنافي القطعَ، لأنَّه يَتملَّكُه بأداءِ الضَّمانِ مُستنِداً إلى وقتِ الأخذِ، فتبيَّنَ أنَّه[3] وَرَدَ على مِلكِه، فَيَنتفي القَطعُ للشُّبهةِ، وما يؤدِّي إلى انتفائِهِ فهو المُنتفي، ولأنَّ المحلَّ لا يَبقى مَعصوماً حقَّاً للعبد، إذ لو بَقِيَ لكانَ مُباحاً في نفسِهِ، فينتفي القطعُ للشُّبهة، فيصيرُ مُحرَّماً حقَّاً للشَّرع كالميتةِ، ولا ضمانَ فيه إلَّا أنَّ العِصمةَ لا يَظهَر سُقُوطُها في حقِّ الاستهلاكِ؛ لأنَّه فِعلٌ آخرُ غيرُ السَّرقةِ، ولا ضرورةَ في حقِّه، وكذا الشُّبهة تُعتبَر فيما هو السَّبب دونَ غيره.

---

(١) انظر ص (٥٠٣) ت (١) الواجبُ على السَّارق شيئان.

(٢) أخرج الدار قطني في الحدود والديات (٢٩٥)، والنسائي في الصغرى، كتاب قطع السارق، باب. تعليق يد السارق في عنقه (٤٩٨٤) عبد الرَّحمن بن عوف أنَّ رسول الله ﷺ قال: «لا يَغْرَمُ صاحبُ سَرِقةٍ إذا أقيم عليه الحَدُّ».

(٣) أي: الأخذُ.

ومَنْ سَرَقَ سَرِقاتٍ فَقُطِعَ في إحداها فَهُو لِجَمِيعِها، ولا يَضْمَنُ شَيئاً عندَ أبي حنيفة، وقالا: يَضْمَنُ كُلَّها إلَّا التي قُطِعَ لها.

ووجهُ المشهورِ[1]: أنَّ الاستهلاكَ إتمامُ المقصودِ[2] فتُعتبر الشُّبهةُ فيه[3]، وكذا يَظهَرُ سقوطُ العصمةِ في حقِّ الضَّمانِ؛ لأنَّه من ضروراتِ سُقوطِها في حقِّ الهلاكِ، لانتفاءِ المُماثلةِ.

قال: (**ومَنْ سَرَقَ سَرِقاتٍ فَقُطِعَ في إحداها فَهُو لِجَمِيعِها، ولا يَضْمَنُ شَيئاً عند أبي حنيفة وقالا: يَضْمَنُ كُلَّها إلَّا التي قُطِعَ لها**).

ومعنى المسألة: إذا حَضَر أحدُهُم، فإنْ حَضَروا جميعاً وقُطِعت يدُهُ لِخُصومتِهِم، لا يَضمَنُ شيئاً بالاتِّفاقِ في السَّرِقات كلِّها.

لهما: أنَّ الحاضرَ ليس بِنائبٍ عن الغائب، ولا بدَّ من الخُصومةِ لِتَظهرَ السَّرِقةُ، فلم تَظهَرِ السَّرِقةُ من الغائبين، فلم يَقعِ القَطعُ لها، فَبَقِيَت أموالُهُم مَعصومةً.

وله: أنَّ الواجبَ بالكُلِّ قَطعٌ واحدٌ حقَّاً لله تعالى؛ لأنَّ مَبنى الحدودِ على التَّداخُلِ، والخُصومةُ شرطٌ لِلظُّهور عند القاضي، فإذا استَوفَى فالمُستوفَى كلُّ الواجبِ؛ ألا يُرى أنَّه يَرجِع نَفعُهُ[4] إلى الكلِّ فيقعُ عن الكلِّ، وعلى هذا الخلافِ إذا كانت النُّصُبُ كلُّها لواحدٍ فخاصَمَ في البعض، والله تعالى أعلم.

---

(١) وهو عدَمُ وُجوبِ الضَّمانِ في الاستهلاكِ، كما في الهلاك.

(٢) أي: بالسَّببِ، وهو السَّرقةُ؛ لأنَّه إنَّما سرَقَ لِيَصرِفَه إلى بعضِ حَوائجِهِ، فكان الاستهلاكُ تتمَّةً لِلسَّببِ لا أنَّه فِعلٌ آخَرُ. عناية.

(٣) أي: تعتبرُ الشُّبهةُ في الاستهلاكِ لإسقاطِ الضَّمانِ كاعتبارها في نفس السَّبب، وهو السَّرقة.

(٤) أنَّ نفعَ الحدِّ يرجع إلى الكلِّ.

باب ما يُحدِثُ السَّارقُ في السَّرقة

وَمَنْ سَرَقَ ثَوْباً فَشَقَّهُ في الدَّارِ نِصْفَينِ، ثُمَّ أَخْرَجَهُ، وهو يُساوي عَشَرَةَ دَراهِمَ، قُطِعَ. ....

(باب ما يُحدِثُ السَّارقُ في السَّرقة)

(وَمَنْ سَرَقَ ثَوْباً فَشَقَّهُ في الدَّارِ نِصْفَيْنِ، ثُمَّ أَخْرَجَهُ، وهو يُساوي[1] عَشَرَةَ دَراهِمَ، قُطِعَ)، وعن أبي يوسف: أنَّه لا يُقطَع؛ لأنَّ له فيه سببَ المِلكِ، وهو الخَرْقُ الفاحِشُ، فإنَّه يُوجِبُ القيمةَ وتَمَلُّكَ المضمونِ، وصار كالمشتري إذا سَرَقَ مَبيعاً فيه خيارٌ للبائع[2].

ولهما: أنَّ الأخذَ وُضِعَ سبباً لِلضَّمانِ لا لِلمِلك، وإنَّما المِلكُ يَثبُتُ ضرورةَ أداءِ الضَّمانِ، كي لا يَجتمِعَ البَدَلانِ في مِلكٍ واحدٍ، ومِثلُه لا يُورِثُ الشُّبهةَ كَنَفْسِ الأَخْذِ، وكما إذا سَرَق البائعُ مَعِيباً باعه[3]، بخلافِ ما ذَكَر؛ لأنَّ البيعَ مَوضُوعٌ لإفادةِ المِلكِ.

وهذا الخلافُ فيما إذا اختار تَضمِينَ النُّقصانِ وأَخْذَ الثَّوبِ، فإنِ اختارَ تَضمِينَ القِيمةِ وتَرْكَ الثَّوبِ عليه، لا يُقطَع بالاتِّفاقِ؛ لأنَّه مَلَكَه مُستنِداً إلى وقتِ الأخذِ، فصار كما إذا مَلَكَه بالهبةِ، فَأَوْرَثَ شُبهةً.

وهذا كُلُّه إذا كان النُّقصانُ فاحشاً، فإنْ كان يسيراً يُقطَع بالاتِّفاق لانعدام سببِ المِلك، إذْ ليس له اختيارُ تَضمينِ كلِّ القيمة.

---

(١) أي: بعد الشقِّ. أمَّا إذا أخرجه غيرَ مشقوقٍ وهو يساوي عشرة دراهم، ثمَّ شقَّه ونَقَصَت قيمتُهُ بالشَّقِّ من العشرة، فإنَّه يُقطَع قولاً واحداً.

(٢) أي: وبعد السَّرقةِ أسقط البائعُ الخيار، فإنَّه لا يُقطع هناك فكذلك هاهنا، والجامعُ بينهما: أنَّ السَّرقة تَمَّتْ على عينٍ غير مملوكةٍ للسَّارق، لكن ورد عليه سببُ المِلك. فتح بتصرف.

(٣) أي: ولم يعلم المشتري بالعيب، فإنَّه يُقطع وإنِ انعقَدَ سببُ الرَّدِّ، وهو العيب، وكذلك هاهنا يُقطع وإنِ انعقَدَ سببُ الضَّمان، وهو الشَّقُّ. عناية.

وإنْ سَرَقَ شاةً فَذَبَحَها، ثُمَّ أخْرَجَها لَمْ يُقْطَعْ. ومَنْ سَرَق ذَهَباً أو فِضَّةً يَجِبُ فيه القَطْعُ، فَصَنَعَهُ دَراهِمَ أو دَنانيرَ، قُطِعَ فيه وتُرَدُّ الدَّراهِمُ والدَّنانيرُ إلى المَسْرُوقِ منه، وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: لا سَبِيلَ لِلمَسْرُوقِ منه عَلَيهما. ....

(وإنْ سَرَقَ شاةً فَذَبَحَها ثُمَّ أخْرَجَها لَمْ يُقْطَعْ)؛ لأنَّ السَّرقةَ تَمَّت على اللَّحمِ، ولا قَطْعَ فيه.

(ومَنْ سَرَق ذَهَباً أو فِضَّةً يَجِبُ فيه القَطْعُ، فَصَنَعَهُ دَراهِمَ أو دَنانيرَ، قُطِعَ فيه وتُرَدُّ الدَّراهِمُ والدَّنانيرُ إلى المَسْرُوقِ منه، وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: لا سَبِيلَ لِلمَسْرُوقِ منه عَلَيهما)، وأصلُه في الغَصْب[1]، فهذه صَنعةٌ مُتقوِّمةٌ عندهما، خلافاً له[2].

ثمَّ وُجوبُ الحَدِّ لا يُشكِلُ على قولِهِ؛ لأنَّه لم يَملِكه، وقيل: على قولِهما لا يَجِبُ؛ لأنَّه مَلَكَه قبلَ القطعِ، وقيل: يجبُ؛ لأنَّه صار بالصَّنعةِ شيئاً آخَرَ فلم يَملِك عينَهُ.

(١) أي: والخلافُ مبنيٌّ على خلاف آخر في الغَصْب، وهو ما إذا غَصَب نُقرَةَ فِضَّة فضَرَبها دراهم، لا ينقطع حقُّ المغصوب منه عنده، خلافاً لهما.

(٢) وجه قولهما:
أنَّ هذه الصَّنعة مُبدِّلة للعين كالصَّنعة في الحديد والصُّفر، بأنْ غَصَب حديداً أو صُفراً فجَعَلَه سيفاً أو آنيةً، وكذا الاسمُ كان تِبراً ذهباً فضَّة، فصار دراهم أو دنانير.
وله: أنَّ هذه الصَّنعة في الذَّهب والفضَّة ولو تَقوَّمت وبدَّلت الاسمَ، لم تُعتَبر موجودةً شرعاً؛ بدليل أنَّه لم يَتغيَّر بها حُكمُ الرِّبا، حتَّى لا يجوز بيعُ آنيةٍ وَزنُها عشرةٌ فضةً بأحد عشر فضةً، وقَلبُهُ، فكانت العين كما كانت حُكماً فَيُقطع وتؤخذ للمالك، على أنَّ الاسمَ باقٍ، وهو اسمُ الذَّهب والفضَّة، وإنَّما حَدَث اسمٌ آخَرُ مع ذلك الاسم. فتح.

فإنْ سَرَقَ ثَوباً فَصَبَغَهُ أحْمَرَ، قُطِعَ فيه ولَمْ يُؤْخَذْ مِنهُ الثَّوبُ ولَمْ يَضْمَنْ قِيمَةَ الثَّوبِ، وهذا عندَ أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمَّد: يُؤخَذُ مِنهُ الثَّوبُ ويُعْطَى ما زادَ الصَّبْغُ فيهِ، وإنْ صَبَغَهَ أَسْوَدَ أُخِذَ مِنهُ في المَذْهَبَيْنِ.

(فإنْ سَرَقَ ثَوباً فَصَبَغَهُ أحْمَرَ، قُطِعَ فيه ولَمْ يُؤْخَذْ مِنهُ الثَّوبُ ولَمْ يَضْمَنْ قِيمَةَ الثَّوبِ، وهذا عندَ أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمَّد: يُؤخَذُ مِنهُ الثَّوبُ ويُعْطَى ما زادَ الصَّبْغُ فيهِ) اعتباراً بالغَصبِ، والجامعُ بينهما: كونُ الثَّوبِ أصلاً قائماً وكونُ الصَّبغ تابِعاً.

ولهما: أنَّ الصَّبغَ قائمٌ صورةً ومَعنىً[1]، حتَّى لو أراد أَخْذَه مَصبوغاً يَضمَنُ ما زادَ الصَّبغُ فيه، وحَقُّ المالكِ في الثَّوبِ قائمٌ صورةً لا معنى؛ ألا ترى أنَّه غيرُ مَضمونٍ على السَّارقِ بالهلاكِ، فرجَّحنا جانبَ السَّارقِ.

بخلافِ الغَصْبِ، لأنَّ حقَّ كلٍّ واحدٍ منهما قائمٌ صورةً ومعنىً، فاستويا من هذا الوجهِ، فرجَّحنا جانبَ المالِكِ بما ذكرنا.

(وإنْ صَبَغَهَ أَسْوَدَ أُخِذَ مِنهُ في المَذْهَبَيْنِ)، يعني: عند أبي حنيفة ومحمَّد، وعند أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ هذا والأوَّلُ سواءٌ[2]؛ لأنَّ السَّوادَ زيادةٌ عنده كالحُمْرة، وعندَ محمَّد زيادةٌ أيضاً كالحُمرة، ولكنَّه لا يَقطَع حقَّ المالك، وعند أبي حنيفة: السَّوادُ نُقصانٌ، فلا يُوجِب انقطاعَ حقِّ المالك، والله أعلم بالصَّواب.

---

(١) أي: من حيث القيمة.

(٢) أي: أنَّ الحكمَ في الصَّبغِ الأسودِ والأحمرِ سواءٌ عنده.

باب قطع الطريق

وإذا خَرَجَ جَماعَةٌ مُمْتَنِعِينَ، أو واحِدٌ يَقْدِرُ على الامتِناعِ، فَقَصَدُوا قَطْعَ الطَّرِيقِ، فأُخِذُوا قَبْلَ أنْ يَأخُذُوا مالاً ويَقْتُلُوا نَفْساً، حَبَسَهُمُ الإمامُ حَتَّى يُحْدِثُوا تَوبةً، وإنْ أَخَذُوا مالَ مُسلمٍ أو ذِمِّيٍّ، والمأخُوذُ إذا قُسِمَ على جَماعتِهِم أصابَ كُلَّ واحدٍ منهم عَشَرةَ دَراهِمَ فصاعداً، أو ما تَبْلُغُ قِيمَتُهُ ذلك، قَطَعَ الإمامُ أيدِيَهِم وأرجُلَهُم من خِلافٍ، وإنْ قَتَلَوا ولَمْ يَأخُذُوا مالاً قَتَلَهُمُ الإمامُ حَدّاً. ....

(باب قطع الطريق[1])

قال: (وإذا خَرَجَ جَماعَةٌ مُمْتَنِعِينَ، أو واحِدٌ يَقْدِرُ على الامتِناعِ، فَقَصَدُوا قَطْعَ الطَّرِيقِ، فأُخِذُوا قَبْلَ أنْ يَأخُذُوا مالاً ويَقْتُلُوا نَفْساً، حَبَسَهُمُ الإمامُ حَتَّى يُحْدِثُوا تَوبةً، وإنْ أَخَذُوا مالَ مُسلمٍ أو ذِمِّيٍّ، والمأخُوذُ إذا قُسِمَ على جَماعتِهِم أصابَ كُلَّ واحدٍ منهم عَشَرةَ دَراهِمَ فصاعداً، أو ما تَبْلُغُ قِيمَتُهُ ذلك، قَطَعَ الإمامُ أيدِيَهِم وأرجُلَهُم من خِلافٍ، وإنْ قَتَلَوا ولَمْ يَأخُذُوا مالاً قَتَلَهُمُ الإمامُ حَدّاً).

والأصلُ فيه قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ﴾[المائدة: ٣٣] الآية، والمرادُ منه - والله أعلم - التَّوزيعُ على الأحوالِ، وهي أربعةٌ: هذه الثَّلاثةُ المذكورةُ، والرَّابعةُ نَذكرُها إن شاء الله تعالى، ولأنَّ الجناياتِ تتفاوتُ على الأحوالِ، فاللائقُ تَغلُّظُ الحُكمِ بتَغلُّظها.

---

(١) اعلم أنَّ قَطع الطَّريق يُسمَّى سرقة كبرى، أمَّا تسميتُها «سرقة» فلأنَّ قاطعَ الطَّريق يأخذ المالَ سرّاً ممَّن إليه حِفْظُ الطَّريق وهو الإمام الأعظم، كما أنَّ السَّارق يأخذ المال سرّاً ممَّن إليه حِفظُ المكان المأخوذ منه، وهو المالك، أو مَن يقوم مقامه.

وأمَّا تسميتُها كبرى فلأنَّ ضرر قطعِ الطَّريق على أصحاب الأموال وعلى عامَّة المسلمين بانقطاع الطَّريق، وضررَ السَّرقة الصُّغرى يخصُّ المُلَّاكَ بأخذ مالِهِم وهَتكِ حِرْزهم، ولهذا غَلُظَ الحدُّ في حقِّ قطَّاع الطَّريق. عناية.

وإذا قَتَلُوا وأخَذُوا المالَ، فالإمامُ بالخيارِ: إنْ شاءَ قَطَعَ أيديَهُمْ وأرجُلَهُم من خِلافٍ وقَتَلَهُم وصَلَبَهُم، وإن شاءَ قَتَلَهُم، وإنْ شاءَ صَلَبَهُم. وقال محمد: يَقتُلُ أو يَصلُبُ ولا يَقطَعُ. ....

أمَّا الحبسُ في الأولى فلأنَّه المرادُ بالنَّفي المذكورِ؛ لأنَّه نفيٌ عن وجهِ الأرضِ بِدَفْع شرِّهم عن أهلِها، ويُعزَّرون أيضاً لِمُباشرتِهم مُنكَرَ الإخافةِ.

وشَرَطَ القدرةَ على الامتناعِ؛ لأنَّ المُحاربةَ لا تتحقَّقُ إلَّا بالمَنَعَة.

والحالةُ الثَّانيةُ كما بيَّنَّاها لِما تلوناه. وشَرَط أن يكونَ المأخوذُ مالَ مُسلمٍ أو ذِمِّيٍّ؛ لِتَكون العِصمةُ مؤبَّدةً، ولهذا لو قَطَع الطَّريقَ على المُستأمَن لا يَجِب القطعُ.

وشَرَط كمالَ النِّصابِ في حقِّ كلِّ واحدٍ، كي لا يُستباح طَرَفُه إلَّا بِتَناوله ما لَهُ خَطَرٌ. والمرادُ قَطعُ اليدِ اليُمنى والرِّجل اليُسرى، كي لا يُؤدِّي إلى تَفويت جنسِ المَنفعة.

والحالةُ الثَّالثة كما بيَّنَّاها لِما تلوناه.

ويُقتَلُون حدَّاً، حتَّى لو عفا الأولياءُ عنهم لا يُلتَفَتُ إلى عَفْوهم؛ لأنَّه حقُّ الشَّرع.

(و) الرَّابعة: (إذا قَتَلُوا وأخَذُوا المالَ، فالإمامُ بالخيارِ: إنْ شاءَ قَطَعَ أيديَهُمْ وأرجُلَهُم من خِلافٍ وقَتَلَهُم وصَلَبَهُم، وإن شاءَ قَتَلَهُم، وإنْ شاءَ صَلَبَهُم. وقال محمد: يَقتُلُ أو يَصلُبُ ولا يَقطَعُ)؛ لأنَّه جنايةٌ واحدةٌ فلا تُوجِبُ حَدَّين، ولأنَّ ما دونَ النَّفس يَدخُل في النَّفس في باب الحدِّ، كحدِّ السَّرقة والرَّجم.

ولهما: أنَّ هذه عقوبةٌ واحدةٌ تَغلَّظت لِتَغلُّظِ سَببِها، وهو تَفويتُ الأمنِ على التَّناهي بالقَتْل وأخذِ المال، ولهذا كان قطعُ اليدِ والرِّجلِ معاً في الكبرى حدَّاً واحداً وإنْ كانا في الصُّغرى حَدَّين، والتَّداخلُ في الحدودِ لا في حدٍّ واحدٍ.

ويُصْلَبُ حَيّاً ويُبْعَجُ بَطنُهُ بِرُمْحٍ إلى أنْ يَمُوتَ. ولا يُصْلَبُ أكثَرَ مِنْ ثلاثةِ أيَّام. وإذا قَتَلَ القاطعُ فلا ضَمانَ عَلَيهِ في مالٍ أَخَذَهُ، فإنْ باشَرَ القَتْلَ أحَدُهُمْ أُجرِيَ الحَدُّ عليهم بِأجْمَعِهِم. والقَتْلُ وإنْ كان بِعصاً أو بِحَجَرٍ أو بِسَيفٍ فهو سَواءٌ. ....

ثمَّ ذَكَر في الكتاب التَّخييرَ بين الصَّلبِ وتَرْكِه، وهو ظاهرُ الرِّواية.

وعن أبي يوسف: أنَّه لا يَترُكُه لأنَّه منصوصٌ عليه، والمَقصودُ التَّشهيرُ لِيَعتَبِر به غيره.

ونحنُ نقول: أصلُ التَّشهيرِ بالقَتلِ والمبالغةِ بالصَّلب، فَيُخيَّر فيه.

ثمَّ قال: (ويُصْلَبُ حَيّاً ويُبْعَجُ بَطنُهُ بِرُمْحٍ إلى أنْ يَمُوتَ)، ومِثلُه عن الكرخيِّ. وعن الطَّحاويِّ: أنَّه يُقتَل ثُمَّ يُصلَب تَوقِّياً عنِ المُثلةِ.

وجهُ الأوَّل - وهو الأصحُّ - أنَّ الصَّلبَ على هذا الوجهِ أبلَغُ في الرَّدع، وهو المقصودُ به .

قال: (ولا يُصْلَبُ أكثَرَ مِنْ ثلاثةِ أيَّامٍ)؛ لأنَّه يَتغيَّرُ بعدَها فيتأذَّى النَّاس به.

وعن أبي يوسف: أنَّه يُترَكُ على خشبةٍ حتَّى يَتقَطَّعَ فَيسقط لِيَعتَبِر به غيره.

قلنا: حصَلَ الاعتبارُ بما ذكرناه، والنِّهايةُ غيرُ مطلوبةٍ.

قال: (وإذا قُتِلَ القاطعُ فلا ضَمانَ عَلَيهِ في مالٍ أَخَذَهُ) اعتباراً بالسَّرقةِ الصُّغرى، وقد بيَّنَّاه.

(فإنْ باشَرَ القَتْلَ أحَدُهُمْ أُجرِيَ الحَدُّ عليهم بِأجْمَعِهِم)؛ لأنَّه جزاءُ المُحاربةِ، وهي تتحقَّقُ بأن يكونَ البعضُ رِدءاً للبعض، حتَّى إذا زَلَّت أقدامُهُم انحازوا إليهم، وإنَّما الشَّرطُ القتلُ من واحدٍ منهم، وقد تحقَّق.

قال: (والقَتْلُ وإنْ كان بِعصاً أو بِحَجَرٍ أو بِسَيفٍ فهو سَواءٌ)؛ لأنَّه يَقَعُ قطعاً للطَّريقِ بِقَطعِ المارَّةِ.

وإنْ لم يَقتُلِ القاطِعُ ولم يأخُذْ مالاً، وقَدْ جَرَحَ، اقْتُصَّ مِنهُ فيما فيه القِصاصُ، وأُخِذَ الأَرشُ مِنهُ فِيما فيهِ الأَرشُ، وذلكَ إلى الأولياءِ. وإنْ أخَذَ مالاً ثُمَّ جَرَحَ، قُطِعَتْ يَدُهُ وَرِجْلُهُ وبَطَلَتِ الجِراحاتُ. وإنْ أُخِذَ بَعْدَ ما تابَ وقَدْ قَتَلَ عَمْداً: فإنْ شاءَ الأولياءُ قَتَلُوهُ، وإنْ شاؤوا عَفَوْا عنه. وإنْ كانَ مِنَ القُطَّاعِ صَبِيٌّ أو مَجنونٌ أو ذُوْ رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنَ المَقْطُوعِ عليه، سَقَطَ الحَدُّ عَنِ الباقِينَ، ....

(وإنْ لم يَقتُلِ القاطِعُ ولم يأخُذْ مالاً، وقَدْ جَرَحَ، اقْتُصَّ مِنهُ فيما فيه القِصاصُ، وأُخِذَ الأَرشُ مِنهُ فِيما فيهِ الأَرشُ، وذلكَ إلى الأولياءِ)؛ لأنَّه لا حَدَّ في هذه الجنايةِ، فظَهَرَ حقُّ العبدِ، وهو ما ذكرناه فيستوفيه الوليُّ.

(وإنْ أخَذَ مالاً ثُمَّ جَرَحَ، قُطِعَتْ يَدُهُ وَرِجْلُهُ وبَطَلَتِ الجِراحاتُ)؛ لأنَّه لمَّا وجب الحدُّ حقّاً لله، سَقَطَت عِصمةُ النَّفس حقّاً للعبد، كما تَسقُطُ عصمةُ المال.

(وإنْ أُخِذَ بَعْدَ ما تابَ وقَدْ قَتَلَ عَمْداً: فإنْ شاءَ الأولياءُ قَتَلُوهُ، وإنْ شاؤوا عَفَوْا عنه)؛ لأنَّ الحدَّ في هذه الجنايةِ لا يُقامُ بعد التَّوبةِ؛ للاستثناءِ المذكور في النَّصِّ[1]، ولأنَّ التَّوبةَ تتوقَّفُ على ردِّ المال، ولا قَطْعَ في مِثلِه[2]، فظَهَر حقُّ العبدِ في النَّفسِ والمال[3]، حتَّى يستوفي الوليُّ القِصاصَ أو يعفو، ويَجِبُ الضَّمانَ إذا هَلَكَ في يده أو استهلكه.

(وإنْ كانَ مِنَ القُطَّاعِ صَبِيٌّ أو مَجنونٌ أو ذُوْ رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنَ المَقْطُوعِ عليه، سَقَطَ الحَدُّ عَنِ الباقِينَ)، فالمذكورُ في الصَّبيِّ والمجنونِ قولُ أبي حنيفة وزفر.

---

(١) يريد به قوله تعالى: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبۡلِ أَن تَقۡدِرُواْ عَلَيۡهِمۡۖ﴾ [المَائدة: ٣٤] الآية.

(٢) أي: في مثل ما إذا ردَّ المالَ إلى المالك؛ لأنَّ الخُصومة تنقطع بردِّ المال إليه. عناية.

(٣) يعني: لمَّا انتفى حقُّ الشَّرع وهو القَطعُ، بانتفاء شَرطِه وهو الخصومة، بردِّ المال ظهر حقُّ العبد في النَّفس والمال ... عناية.

وعن أبي يوسف: أنَّه لو باشَرَ العقلاءُ يُحدُّ الباقون[١]، وعلى هذا السَّرِقةُ الصُّغرى[٢].

له: أنَّ المباشِرَ أصلٌ، والرِّدءَ تابعٌ، ولا خَلَلَ في مباشرةِ العاقلِ، ولا اعتبارَ بالخَلَل في التَّبعِ، وفي عكسِهِ[٣] يَنعكِسُ المعنى والحكمُ.

ولهما: أنَّه[٤] جنايةٌ واحدةٌ قامت بالكلِّ، فإذا لم يَقعْ فِعلُ بَعضِهِم مُوجِباً كان فِعلُ الباقين بَعضَ العِلَّةِ، وبه لا يَثبُتُ الحكمُ فصارَ كالخاطئ مع العامد[٥].

وأمَّا ذو الرَّحم المَحرَم فقد قيل: تأويلُهُ إذا كان المالُ مُشتَرَكاً بينَ المَقطوع عليهم[٦]. والأصحُّ أنَّه مُطلَق[٧]؛ لأنَّ الجنايةَ واحدةٌ[٨] على ما ذكرناه، فالامتناعُ في حقِّ البعضِ يُوجِبُ الامتناعَ في حقِّ الباقين.

بخلافِ ما إذا كان فيهم[٩] مُستأمَنٌ[١٠]؛ ....

---

(١) أي: من الذين لم يُباشروا القتلَ من العقلاءِ الباقين، وإن باشَرَ ذلك الصَّبيُّ والمَجنونُ فلا حدَّ على الباقين. فتح.

(٢) يعني: إن وَلِي المجنونُ أو الصَّبيُّ إخراجَ المتاعِ سَقَطَ الحدُّ عن الكلِّ، وإن وَلِي غيرُهُما قُطِعوا إلَّا الصَّبيَّ والمَجنونَ. فتح.

(٣) وهو أن يباشرَ الصَّبيُّ والمجنون.

(٤) أي: قطعُ الطريق.

(٥) يعني: إذا رَمَى بِسَهمٍ إلى إنسانٍ عمداً ورماه آخَرُ خطأً، وأصابَهُ السَّهمانِ معاً وماتَ منهما، فلا يَجِبُ القصاصُ على العامدِ؛ لأنَّ الفعلَ واحدٌ فيكونُ فِعلُ الخاطئ شبهةً في حقِّ العامد. بناية.

(٦) أي: وفي قُطَّاع الطَّريقِ ذو رَحمٍ مَحرَمٍ من أحدِهِم، فإنَّه لا يجبُ الحدُّ على الباقين؛ لأنَّ المأخوذَ شيءٌ واحدٌ؛ فإذا امتنَعَ الحدُّ عن أحدِهِم بسببِ القرابةِ امتنَعَ عن الباقين. عناية.

(٧) أي: ليس بمقيَّدٍ بكونِ المالِ مُشتَرَكاً، وأنَّهم لا يُحدُّون بكلِّ حال؛ لأنَّ مالَ جَميعِ القافلةِ في حقِّ قُطَّاعِ الطَّرُق كشيءٍ واحدٍ؛ لأنَّه مُحرَزٌ بِحرزٍ واحدٍ، وهو القافلة. فتح بتصرف.

(٨) وهي قَطعُ الطَّريق.

(٩) أي: في المَقطوعِ عليهم، وهو القافلة.

(١٠) جوابُ سؤالٍ تقديرُهُ: قَطعُ الطَّريقِ على المستأمَنِ لا يُوجِبُ الحَدَّ، كالقَطعِ على ذي الرَّحمِ المَحرَمِ، ثمَّ وجودُ هذا في القافلةِ يُسقِطُ الحدَّ، فينبغي أن يَسقُطَ بِوُجودِ المستأمَنِ فيهم أيضاً. عناية.

وإذا سَقَطَ الحَدُّ صار القَتْلُ إلى الأولياءِ، فإنْ شاؤوا قَتَلوا وإنْ شاؤوا عَفَوْا. وإذا قَطَعَ بَعْضُ القافِلَةِ الطَّريقَ على البَعضِ، لم يَجِبِ الحَدُّ. ومَنْ قَطَعَ الطَّريقَ ليلاً أو نهاراً في المِصْرِ، أو بَيْنَ الكُوفَةِ والحِيرَةِ، فَلَيسَ بِقاطِعِ الطَّريقِ. ....

لأنَّ الامتناعَ في حقِّه[1] لِخَلَلٍ في العصمةِ، وهو يَخصُّه، أمَّا هنا الامتناعُ لِخَلَل في الحِرْز، والقافِلَةُ حِرْزٌ واحد.

(وإذا سَقَطَ الحَدُّ صار القَتْلُ إلى الأولياءِ)؛ لِظُهورِ حقِّ العبدِ على ما ذكرناه، (فإنْ شاؤوا قَتَلوا وإنْ شاؤوا عَفَوْا).

(وإذا قَطَعَ بَعْضُ القافِلَةِ الطَّريقَ على البَعضِ، لم يَجِبِ الحَدُّ)؛ لأنَّ الحِرزَ واحدٌ، فصارت القافلةُ كدارٍ واحدة.

(ومَنْ قَطَعَ الطَّريقَ ليلاً أو نهاراً في المِصْرِ، أو بَيْنَ الكُوفَةِ والحِيرَةِ، فَلَيسَ بِقاطِعِ الطَّريقِ) استحساناً. وفي القياس: يكونُ قاطعَ الطَّريق، وهو قولُ الشَّافعيِّ[2] لِوُجُوده حقيقةً.

وعن أبي يوسف: أنَّه يَجِبُ الحدُّ إذا كان خارجَ المصرِ وإنْ كان بِقُربِهِ؛ لأنَّه لا يَلحَقُه الغَوث. وعنه: إنْ قاتلوا نهاراً بالسِّلاحِ أو ليلاً به أو بالخَشَب فهم قُطَّاع الطَّريق؛ لأنَّ السِّلاحَ لا يَلبَثُ، والغَوثُ يُبطِئ باللَّيالي.

ونحن نقول: إنَّ قطعَ الطَّريقِ بِقَطعِ المارَّةِ، ولا يَتحقَّقُ ذلك في المصرِ وما يَقرُب منه؛ لأنَّ الظَّاهرَ لُحُوقُ الغَوثِ، إلَّا أنَّهم يُؤخَذُون بِرَدِّ المالِ إيصالاً

---

(١) أي: في حقِّ المستأمن.

(٢) قال الماوردي في الحاوي (١٣/ ٣٦٠) الكتب العلمية: قد ذكرنا أنَّ المحاربين من قطَّاع الطَّريق: هم الذين يَعترِضون النَّاس بالسِّلاح جهراً، ويأخذون أموالهم مغالبةً وقهراً، وسواء كانوا في صحراء أو مصر، يجري عليهم في الموضعين حكمُ الحِرابة. اهـ.

وقال النووي في الروضة (٧/ ٣٦٣): وتعتبر فيهم الشَّوكة، والبُعدُ عن الغَوثِ، وأن يكونوا مسلمين مكلَّفين. اهـ.

وَمَنْ خَنَقَ رَجلاً حتَّى قَتَلَهُ، فَالدِّيَةُ على عاقِلَتِهِ عند أبي حنيفة، وإنْ خَنَقَ في المِصْرِ غَيْرَ مَرَّةٍ قُتِلَ بِهِ.

للحقِّ إلى المُستَحِقِّ، ويُؤدَّبُون ويُحبَسُون لارتكابهم الجناية، ولو قَتَلُوا فالأمرُ فيه إلى الأولياء؛ لِما بيَّنَّا[1].

(ومَنْ خَنَقَ رَجلاً حتَّى قتَلَهُ، فَالدِّيَةُ على عاقِلَتِهِ عند أبي حنيفة)، وهي مسألةُ القَتْلِ بالمُثَقَّل، وسنبيِّنُ في باب الدِّيات إن شاء الله تعالى.

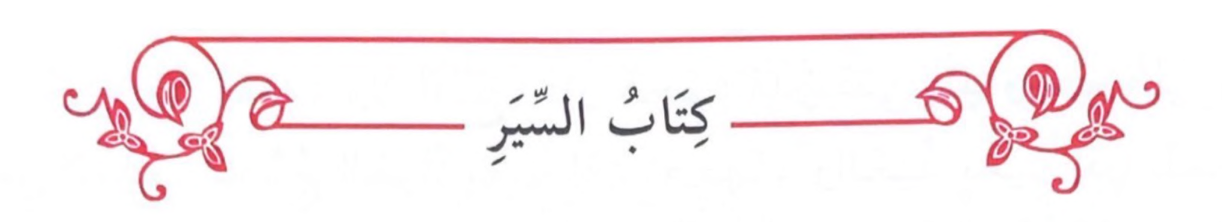
(وإنْ خَنَقَ في المِصْرِ غَيْرَ مَرَّةٍ قُتِلَ بِهِ)؛ لأنَّه صار ساعياً في الأرض بالفَساد، فَيُدفع شرُّه بالقتل، والله تعالى أعلم.



(١) أي: من قوله: «لظهور حقِّ العبد عند اندفاع الحد». فتح.

كتاب السير





كِتابُ السِّيَرِ

الجِهادُ فَرْضٌ على الكِفايةِ، إذا قامَ بِهِ فَرِيقٌ مِنَ النَّاسِ سَقَطَ عَنِ الباقِيْنَ، فإنْ لَمْ يَقُمْ بِهِ أَحَدٌ أَثِمَ جَمِيعُ النَّاسِ بِتَرْكِهِ إلَّا أنْ يَكُونَ النَّفيرُ عامَّاً. ....

(كتاب السِّيَرِ)

«السِّيَر» جمع «سيرة»، وهي الطَّريقةُ في الأمورِ، وفي الشَّرعِ تَختَصُّ بِسِيَرِ النَّبيِّ ﷺ في مَغازيه.

قال: (الجِهادُ فَرْضٌ على الكِفايةِ، إذا قامَ بِهِ فَرِيقٌ مِنَ النَّاسِ سَقَطَ عَنِ الباقِيْنَ)، أمَّا الفَرضيَّةُ فلقوله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ كَآفَّةً كَمَا يُقَاتِلُونَكُمْ كَآفَّةً﴾ [التوبة: ٣٦]، ولقوله ﷺ: «الجهادُ ماضٍ إلى يوم القيامة[1]»، وأرادَ به فرضاً باقياً، وهو فرضٌ على الكفايةِ؛ لأنَّه ما فُرِض لِعَينِه، إذ هو إفسادٌ في نفسِهِ، وإنَّما فُرِضَ لإعزازِ دينِ الله ودَفْعِ الشَّرِّ عن العبادِ، فإذا حَصَل المقصودُ بالبعضِ سَقَطَ عن الباقين، كصلاةِ الجنازةِ وردِّ السَّلام.

(فإنْ لَمْ يَقُمْ بِهِ أَحَدٌ أَثِمَ جَمِيعُ النَّاسِ بِتَرْكِهِ)؛ لأنَّ الوجوبَ على الكُلِّ، ولأنَّ في اشتغالِ الكلِّ به قطعَ مادَّةِ الجهادِ من الكُراعِ والسِّلاحِ، فيجبُ على الكفايةِ، (إلَّا أنْ يَكُونَ النَّفيرُ عامَّاً)، فحينئذٍ يَصيرُ مِنْ فروضِ الأعيان؛ لقوله تعالى: ﴿ٱنفِرُوا۟ خِفَافًا وَثِقَالًا﴾ [التوبة: ٤١] الآية .

---

(١) أخرجه أبو داود في الجهاد، باب: في الغزو مع أئمة الجور (٢٥٣٢) عن أنس بن مالك قال: قال رسول الله ﷺ: «ثلاثٌ مِنْ أصلِ الإيمانِ: الكَفُّ عمَّن قال لا إله إلا الله، ولا نُكفِّرُه بِذَنبٍ، ولا نُخرِجُهُ من الإسلام بِعَملٍ، والجهادُ ماضٍ مُنذُ بَعَثني اللهُ إلى أن يُقاتِلَ آخِرُ أُمَّتي الدَّجالَ، لا يُبطِلُه جَورُ جائرٍ ولا عَدلُ عادلٍ، والإيمانُ بالأقدار».

وقِتالُ الكُفَّارِ واجِبٌ. ولا يَجِبُ الجِهادُ على: صَبِيٍّ، ولا عَبدٍ، ولا امْرَأةٍ، ولا أعمَى، ولا مُقْعَدٍ، ولا أقْطَعَ. فإنْ هَجَمَ العَدُوُّ عَلَى بَلَدٍ وَجَبَ على جَميعِ النَّاسِ الدَّفعُ، تَخرُجُ المَرأةُ بِغَيرِ إذنِ زَوْجِها، والعَبدُ بِغَيرِ إذنِ المَوْلَى. ويُكْرَهُ الجُعْلُ ما دامَ لِلمُسلِمِينَ فَيْءٌ، فإذا لَمْ يَكُنْ فَلا بأسَ بِأنْ يُقَوِّيَ بَعْضُهُمْ بَعضاً.

وقال في الجامع الصَّغير: «الجهادُ واجبٌ، إلَّا أنَّ المُسلمينَ في سَعَةٍ حتَّى يُحتاجَ إليهم»، فأوَّلُ هذا الكلامِ إشارةٌ إلى الوجوبِ على الكفاية، وآخِرُه إلى النَّفيرِ العامِّ، وهذا لأنَّ المقصودَ عند ذلك لا يتحصَّلُ إلَّا بإقامةِ الكلِّ، فَيُفترَضُ على الكلِّ.

(وقِتالُ الكُفَّارِ[1] واجِبٌ) وإن لم يبدؤوا؛ لِلعُمومات.

(ولا يَجِبُ الجِهادُ على صَبِيٍّ)؛ لأنَّ الصِّبا مَظِنَّةُ المَرْحمةِ، (ولا عَبدٍ ولا امْرَأةٍ)؛ لِتَقدُّمِ حقِّ المولى والزَّوجِ، (ولا أعمَى ولا مُقْعَدٍ ولا أقْطَعَ)؛ لِعَجْزِهِم.

(فإنْ هَجَمَ العَدُوُّ عَلَى بَلَدٍ وَجَبَ على جَميعِ النَّاسِ الدَّفعُ، تَخرُجُ المَرأةُ بِغَيرِ إذنِ زَوْجِها، والعَبدُ بِغَيرِ إذنِ المَوْلَى)؛ لأنَّه صار فرضَ عينٍ، ومِلكُ اليمينِ ورِقُّ النِّكاحِ لا يَظهَرُ في حقِّ فُروضِ الأعيان، كما في الصَّلاةِ والصَّومِ، بِخِلاف ما قَبْلَ النَّفيرِ؛ لأنَّ بِغَيرِهما مَقْنَعاً، فلا ضرورةَ إلى إبطالِ حقِّ المولى والزَّوجِ.

(ويُكْرَهُ الجُعْلُ[2] ما دامَ لِلمُسلِمِينَ فَيْءٌ)؛ لأنَّه يُشبِهُ الأجرَ، ولا ضرورةَ إليه؛ لأنَّ مالَ بيتِ المالِ مُعَدٌّ لِنوائبِ المسلمين. قال: (فإذا لَمْ يَكُنْ فَلا بأسَ بِأنْ يُقَوِّيَ بَعْضُهُمْ بَعضاً)؛ لأنَّ فيه دَفْعَ الضَّررِ الأعلى بإلحاقِ الأدنى، يُؤيِّدُه أنَّ

---

(١) أي: الذين لم يُسلِموا وهم من مشركي العرب، أو لم يُسلِموا ولم يُعطُوا الجِزيةَ من غيرهم. فتح.

(٢) والجُعل - بضم الجيم - ما يُجعَل للإنسان في مُقابلة شيءٍ يفعله، والمرادُ به هنا أن يُكلِّف الإمامُ النَّاسَ بأن يُقوِّي بعضُهُم بعضاً بالكُراع والسِّلاح وغير ذلك من النَّفقة والزَّاد. بحر.

النَّبيَّ ﷺ أخَذَ دُروعاً من صفوان[(١)]، وعُمرَ رضي الله عنه كان يُغزِي الأعزبَ عن ذي الحَليلة، ويُعطِي الشَّاخصَ فرسَ القاعد[(٢)].

(١) أخرج أبو داود في الإجارة، باب: في تضمين العارية (٣٥٦٢)، والبيهقي في الصغرى، كتاب البيوع، باب: العارية (٢٢١٧)، والحاكم (٢/ ٥٤) (٢٣٠٠) عن صفوانَ بنِ أميَّةَ أنَّ رسولَ الله ﷺ استعار منه أدرُعاً يومَ حُنين، فقال: أغصبٌ يا محمد؟ فقال: «لا، بل عاريةٌ مَضمونةٌ».

(٢) أخرج ابن أبي شيبة في السِّيَر، باب: ما قالوا في العزب يغزي ويترك الزوج (٣٣٠٥١) عن أبي مجلز قال: كان عمر يُغزِي العَزَبَ، ويأخذُ فَرَسَ المُقيم فيُعطيه المُسافرَ».

باب كيفية القتال

وإذا دَخَلَ المُسلِمُونَ دارَ الحَرْبِ فَحاصَرُوا مَدِينةً أو حِصْناً دَعَوْهُمْ إلى الإسلامِ، وإنِ امْتَنَعُوا دَعَوْهُم إلى أداءِ الجِزْيَةِ، ....

(باب كيفية القتال)

(وإذا دَخَلَ المُسلِمُونَ دارَ الحَرْبِ فَحاصَرُوا مَدِينةً أو حِصْناً دَعَوْهُمْ إلى الإسلامِ)؛ لِما روى ابنُ عبَّاس رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا «أنَّ النَّبيَّ ﷺ ما قاتَلَ قوماً حتَّى دعاهم إلى الإسلام»، قال: «فإنْ أجابُوا كَفُّوا عن قتالهم[1]»؛ لِحُصولِ المَقصودِ، وقد قال ﷺ: «أُمِرتُ أن أقاتِلَ النَّاسَ حتَّى يقولوا لا إله إلَّا الله[2]» الحديث.

(وإنِ امْتَنَعُوا دَعَوْهُم إلى أداءِ الجِزْيَةِ)، بِهِ أمرَ رسولُ الله ﷺ أمراءَ الجيوشِ[3]،

---

(١) أخرج الحاكم (١/ ٦٠) (٣٧) عن ابن عباس قال: «ما قاتَلَ رسولُ اللهِ ﷺ قوماً حتَّى دعاهم»، هذا حديث صحيح من حديث الثوري و لم يخرجاه.
وأخرج أحمد (٥/ ٤٦٧) (٢٤٣٠٦) عن فروة بن مسيك قال: أتيتُ رسولَ الله ﷺ فقلت: يا رسول الله، أقاتِلُ بِمُقبِل قومي مُدبِرَهم؟ قال: «نعم»، فلمَّا ولَّيتُ دعاني، فقال: «لا تُقاتِلْهم حتَّى تدعوهم إلى الإسلام ...» الحديث.
وأخرج الطبراني في الأوسط (٨/ ١٥٩) (٨٢٦٥) عن أنس بن مالك قال: بعَثَ رسولُ الله ﷺ عليَّ بنَ أبي طالب إلى قومٍ يُقاتِلُهم، ثمَّ بعَثَ إليه رجلاً فقال: «لا تَدْعُهُ من خَلفِهِ، وقل له: لا تُقاتِلْهم حتَّى تَدعُوَهم».

(٢) أخرج البخاري في الإيمان، باب: ﴿فَإِن تَابُواْ وَأَقَامُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتَوُاْ ٱلزَّكَوٰةَ فَخَلُّواْ سَبِيلَهُمْ﴾ [التوبة: ٥] (٢٥)، ومسلم في الإيمان، باب: الأمر بقتال الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله (٢٢) عن ابن عمر أنَّ رسولَ الله ﷺ قال: «أمرت أن أقاتلَ النَّاسَ حتَّى يَشهدُوا أنْ لا إله إلَّا الله، وأنَّ محمَّداً رسولُ اللهِ، ويُقيموا الصَّلاة، ويُؤتُوا الزَّكاة، فإذا فَعَلُوا ذلك عَصَمُوا منِّي دماءَهُم وأموالَهُم إلَّا بحقِّ الإسلامِ، وحسابُهُم على الله».
وفي الباب من حديث أبي هريرة، وجابر، وعمر، وأنس رَضِيَ اللهُ عَنْهُم وعنَّا بهم.

(٣) أخرجه الجماعةُ إلا البخاري، وهو عند مسلم في الجهاد والسِّير، باب: تأمير الإمام الأمراءَ على البعوث ووصية إياهم بآداب الغزو وغيرها (١٧٣١) عن سليمان ابن بريدة عن أبيه قال: كان رسولُ الله =

فإنْ بَذَلُوها فَلَهُمْ ما لِلْمُسلِمِينَ وعَلَيْهِمْ ما عَلَى المُسْلِمِينَ. ....

ولأنَّه[١] أحدُ ما يَنتهي به القتالُ على ما نَطَقَ به النَّصُّ[٢].

وهذا[٣] في حقِّ مَن تُقبَل منه الجِزيةُ، ومَنْ لا تُقبَلُ منه، كالمرتدِّين وعَبَدةِ الأوثانِ من العربِ، لا فائدةَ في دُعائهم إلى قَبولِ الجزيةِ؛ لأنَّه لا يُقبَلُ منهم إلَّا الإسلام، قال الله تعالى: ﴿تُقَٰتِلُونَهُمۡ أَوۡ يُسۡلِمُونَۖ﴾ [الفتح: ١٦].

(فإنْ بَذَلُوها فَلَهُمْ ما لِلْمُسلِمِينَ وعَلَيْهِمْ ما عَلَى المُسْلِمِينَ)؛ لقول عليٍّ رضي الله عنه: إنَّما بَذَلوا الجِزيةَ لِتَكون دماؤهم كدمائنا وأموالُهم كأموالنا[٤].

= ﷺ إذا أمَّرَ أميراً على جيشٍ أو سَرِيَّةٍ أوصاهُ في خاصَّتِهِ بتقوى الله ومَنْ معه من المسلمين خيراً، ثمَّ قال: «اغزوا باسم اللهِ، وفي سبيل الله، قاتِلُوا مَن كَفَر باللهِ، أُغزوا ولا تَغلُّوا، ولا تَغدروا، ولا تُمثِّلُوا، ولا تَقتُلُوا وَليداً، وإذا لَقِيتَ عدوَّكَ من المُشركينَ فادعُهُم إلى ثلاثِ خِصال - أو خلال -، فأيَّتُهُنَّ ما أجابوكَ فاقبَلْ منهم وكُفَّ عنهم، ادعُهُم إلى الإسلامِ، فإنْ أجابوكَ فاقبَلْ منهم وكُفَّ عنهم، ثمَّ ادعُهُم إلى التَّحوُّلِ من دارِهِم إلى دارِ المهاجرين، وأخبِرهُم أنَّهم إن فَعَلُوا ذلك فلَهُم ما للمهاجرين وعليهم ما على المهاجرين، فإن أبَوْا أن يَتحوَّلوا منها فأخبِرهُم أنَّهم يكونون كأعرابِ المسلمين، يَجري عليهم حُكمُ الله الذي يَجري على المؤمنين، ولا يكونُ لهم في الغنيمةِ والفَيءِ شيءٌ إلا أن يجاهدوا مع المسلمين، فإن هم أبَوْا فَسَلْهُم الجِزيةَ، فإن هم أجابوك فاقبَلْ منهم وكُفَّ عنهم، فإن هم أبَوْا فاستَعِنْ باللهِ وقاتِلْهُم.

وإذا حاصرتَ أهلَ حِصنٍ فأرادُوكَ أن تَجعَلَ لهم ذِمَّةَ اللهِ وذِمَّةَ نبيِّهِ، فلا تَجعَلْ لهم ذِمَّةَ اللهِ وذِمَّةَ نبيِّهِ، ولكنِ اجعَلْ لهم ذِمَّتَكَ وذِمَّةَ أصحابِكَ، فإنَّكم إن تَخفُرُوا ذِمَمَكُم وذِمَمَ أصحابِكُم أهونُ من أن تَخفُرُوا ذِمَّةَ الله وذِمَّةَ رسوله.

وإذا حاصرتَ أهلَ حِصنٍ فأرادُوكَ أن تُنزِلَهم على حُكم الله، فلا تُنزِلْهُم على حُكمِ اللهِ، ولكن أنزِلْهُم على حُكمِكَ؛ فإنَّك لا تَدري أتصيبُ حُكمَ اللهِ فيهم أم لا».

(١) أي: الدُّعاء إلى الجزيةِ.

(٢) وهو قوله تعالى ﴿حَتَّىٰ يُعۡطُواْ ٱلۡجِزۡيَةَ عَن يَدٖ وَهُمۡ صَٰغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩].

(٣) إشارةٌ إلى الدُّعاء الذي يدلُّ عليه قوله: «ادعوهم إلى الجزية».

(٤) أخرج الدارقطني في الحدود والديات برقم (٢٠٠) عن علي رضي الله عنه قال: مَن كانت له ذِمَّتُنا فدَمُه كدمنا، وديتُه كديتنا.

ولا يَجُوزُ أنْ يُقاتِلَ مَنْ لَمْ تَبْلُغْهُ الدَّعوةُ إلى الإسلامِ، إلَّا أنْ يَدْعُوهُ. ويُستَحَبُّ أنْ يَدعُوَ مَنْ بَلَغَتهُ الدَّعوةُ، ....

والمرادُ بـ «البذل» القَبولُ، وكذا المرادُ بـ «الإعطاء» المذكورِ فيه في القرآن، والله أعلم.

(ولا يَجُوزُ أنْ يُقاتِلَ مَنْ لَمْ تَبْلُغْهُ الدَّعوةُ إلى الإسلامِ، إلَّا أنْ يَدْعُوهُ)؛ لقوله ﷺ في وَصيَّة أمراءِ الأجنادِ: «فَادعُهُم إلى شهادة أنْ لا إله إلا الله[1]»، ولأنَّهم بالدَّعوة يَعلَمُون أنَّا نُقاتِلُهم على الدِّينِ لا على سَلْبِ الأموالِ وسَبْيِ الذَّراري، فلعلَّهم يُجيبون فنُكْفى مُؤْنَةَ القتال.

ولو قاتَلَهم قبل الدَّعوةِ أثِمَ للنَّهي[2]، ولا غَرامةَ لِعَدمِ العاصم، وهو الدِّينُ أو الإحرازُ بالدَّار، فصار كقتل النُّسوانِ والصِّبيان.

(ويُستَحَبُّ أنْ يَدعُوَ مَنْ بَلَغَتهُ الدَّعوةُ) مُبالغةً في الإنذارِ، ولا يجبُ ذلك؛ لأنَّه صحَّ أنَّ النَّبيَّ ﷺ أغارَ على بني المُصطلِق وهم غارُّون[3]، وعَهِد إلى أسامةَ رضي الله عنه أنْ يُغِير على أُبنى[4] صباحاً، ثمَّ يَحرِق[5]. والغارةُ لا تكون بِدَعوة.

---

(١) تقدَّم قبل قليل، انظر ص (٥٣٠) ت (١).

(٢) تقدَّم حديث فروة بن مسيك، قلت: يا رسول الله أقاتل بمقبل قومي مدبرَهم؟ ... الحديث، انظر ص (٥٣٠) ت (١).

(٣) أي: غافلون. والحديث أخرجه البخاري في العتق، باب: من ملك من العرب رقيقا فوهب وباع وجامع وفدى وسبى الذرية (٢٤٠٣)، ومسلم في الجهاد والسير، باب: جواز الإغارة على الكفار الذين بلغتهم دعوة الإسلام (١٧٣٠) عن ابن عَونٍ قال: كتبتُ إلى نافعٍ أسألُهُ عن الدُّعاءِ قبلَ القتال؟ قال: فكتَبَ إليَّ: إنَّما كان ذلك في أوَّل الإسلامِ، قد أغار رسولُ الله ﷺ على بني المُصطَلق وهم غارُّون، وأنعامُهُم تُسقَى على الماء، فقتَلَ مُقاتِلَتَهم وسَبَى سَبْيَهم، وأصاب يومئذٍ جُوَيرية.

(٤) «أُبنى» على وزن «حبلى» موضعٌ في فلسطين، بين الرَّملة وعسقلان، وقيل: اسم قبيلة.

(٥) أخرج أبو داود في الجهاد، باب: في الحرق في بلاد العدو (٢٦١٦) عن أسامة أنَّ رسول الله ﷺ كان عَهِدَ إليه فقال: «أغِرْ على أُبنَى صباحاً وحَرِّق».

فإنْ أَبَوا ذلكَ استَعانُوا بِاللهِ عليهم وحارَبُوهُم، ونَصَبُوا عَلَيهمُ المَجانِيقَ، وحَرَّقُوهُمْ، وأرسَلُوا عليهمُ الماءَ، وقَطَعُوا أشجارَهُم وأفسَدُوا زُرُوعَهُم، ....

قال: (فإنْ أَبَوا ذلكَ استَعانُوا بِاللهِ عليهم وحارَبُوهُم)؛ لقوله ﷺ في حديث سُليمان بنِ بُرَيدة: «فإن أَبَوا ذلك فادعُهُم إلى إعطاءِ الجزيةِ» إلى أن قال: «فإن أبَوْها فاستَعِنْ بالله عليهم وقاتِلْهم[1]»، ولأنَّه تعالى هو النَّاصرُ لأوليائِهِ والمُدمِّرُ على أعدائِهِ، فَيُستعانُ به في كلِّ الأمور.

قال: (ونَصَبُوا عَلَيهمُ المَجانِيقَ) كما نَصَب رسولُ الله ﷺ على الطَّائف[2] (وحَرَّقُوهُمْ)؛ لأنَّه ﷺ أحرق البُوَيْرَة[3].

قال: (وأرسَلُوا عليهمُ الماءَ وقَطَعُوا أشجارَهُم وأفسَدُوا زُرُوعَهُم)؛ لأنَّ

---

(١) تقدَّم ص (٥٣٠) ت (١).

(٢) قال الزيلعي (٣/ ٣٨٢): ذكره التِّرمذي في الأدب، باب: ما جاء في الأخذ من اللحية (٢٧٦٢) مُعضَلاً، ولم يَصِل سنده به، فقال: قال قتيبة: ثنا وكيعٌ عن رجلٍ عن ثَور ابنِ يزيد أنَّ النَّبيَّ ﷺ نَصَبَ المَنجنيقَ على الطَّائفِ، قال قتيبة: قلتُ لوكيع: مَن هذا الرَّجل؟، قال: صاحبُكُم عمر بن هارون.
ورواه أبو داود في المراسيل عن مكحولٍ أنَّ النَّبيَّ ﷺ نَصَبَ المَناجيق على أهل الطَّائف.
ورواه ابن سعد في الطبقات عن مكحول، فذكره، وزاد: «أربعين يوماً».
ورواه العقيلي في ضعفائه مُسنَداً عن عليٍّ قال: نَصَبَ رسول الله ﷺ المَنجنيقَ على أهلِ الطَّائف.
وقال الواقدي في كتاب المغازي: وقال سلمانُ الفارسي يومئذ: يا رسول الله أرى أن تَنصُبَ عليهم المَنجنيقَ، فإنَّا كنَّا بأرضِ فارسٍ نَنصُبُ المَناجيق على الحُصون، فَنُصيبُ من عدوِّنا، وإن لم يكن مَنجنيقٌ طالَ المُقامُ، فأمَرَهُ رسولُ الله ﷺ، فعَمِلَ مَنجنيقاً بيده، فنَصَبَه على حصنِ الطَّائف. اهـ بتصرف.

(٣) أخرجه الأئمَّةُ السِّتَّةُ، وهو عند البخاري في المغازي، باب: حديث بني النضير ومخرج رسول الله ﷺ إليهم في دية الرجلين (٣٨٠٨)، ومسلم في الجهاد والسير، باب: جواز قطع أشجار الكفار وتحريقها (١٧٤٦) عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: حرَّق رسولُ الله ﷺ نَخلَ بني النَّضير وقَطع، وهي البويرة، فنزلت ﴿مَا قَطَعْتُم مِّن لِّينَةٍ أَوْ تَرَكْتُمُوهَا قَآئِمَةً عَلَىٰٓ أُصُولِهَا فَبِإِذْنِ ٱللَّهِ﴾ [الحشر: ٥].
و «البُويرة» موضعٌ معروفٌ من بلد بني نضير.

ولا بأسَ بِرَمْيِهِم وإن كان فيهم مُسلِمٌ أسيرٌ أو تاجِرٌ. وإنْ تَتَرَّسُوا بِصِبيانِ المُسلِمِينَ أو بِالأسارَى لَمْ يَكُفُّوا عَنْ رَمْيِهِم، ويَقْصِدُونَ بِالرَّمْيِ الكُفَّارَ. ولا بَأْسَ بِإخراجِ النِّساءِ والمَصاحِفِ مَعَ المُسلِمِينَ إذا كانُوا عَسكَراً عَظِيماً يُؤْمَنُ عليهِ، ....

في جميعِ ذلك إلحاقَ الكَبْتِ والغَيظِ بهم وكَسْرَ شَوكتِهِم وتَفريقَ جَمعِهِم، فيكون مَشروعاً.

(ولا بأسَ بِرَمْيِهِم، وإن كان فيهم مُسلِمٌ أسيرٌ أو تاجِرٌ)؛ لأنَّ في الرَّمي دَفْعَ الضَّررِ العامِّ بالذَّبِّ عن بَيضةِ[1] الإسلامِ، وقَتلُ الأسيرِ والتَّاجِرِ ضررٌ خاصٌّ، ولأنَّه قلَّما يَخلُو حِصنٌ عن مسلمٍ، فلوِ امتُنِع باعتباره لانسَدَّ بابُهُ.

(وإنْ تَتَرَّسُوا بِصِبيانِ المُسلِمِينَ أو بِالأسارَى لَمْ يَكُفُّوا عَنْ رَمْيِهِم)؛ لِما بيَّنَّاه، (ويَقْصِدُونَ بِالرَّمْيِ الكُفَّارَ)؛ لأنَّه إن تَعذَّر التَّمييزُ فِعلاً فلقد أمكَنَ قَصْداً، والطَّاعةُ بِحَسَب الطَّاقة، وما أصابُوهُ منهم لا دِيةَ عليهم ولا كفَّارةَ؛ لأنَّ الجهادَ فرضٌ، والغَراماتُ لا تُقرَن بالفروض[2]، بخلافِ حالةِ المَخْمَصةِ[3] لأنَّه لا يَمتنِعُ مَخافةَ الضَّمانِ؛ لِما فيه من إحياء نفسِهِ، أمَّا الجهادُ فمبنيٌّ على إتلافِ النَّفس، فيَمتَنِع حذارَ الضَّمانِ.

مطلب
إخراج النساء والمصاحف مع العسكر

قال: (ولا بَأْسَ بِإخراجِ النِّساءِ والمَصاحِفِ مَعَ المُسلِمِينَ إذا كانُوا عَسكَراً عَظِيماً يُؤْمَنُ عليهِ)؛ لأنَّ الغالبَ هو السَّلامةُ، والغالبُ كالمتحقِّق.

---

(١) أي: مُجتَمَعه، للشَّبَه المعنويِّ بينها وبينَ بيضةِ النَّعامة وغيرِها، لأنَّ البيضةَ مُجتَمَع الولد. عناية.

(٢) لأنَّ الفرضَ مأمورٌ به لا محالة، وسببُ الغرامات عدوانٌ مَحضٌ مَنهيٌّ عنه، وبينهما منافاة. عناية.

(٣) جوابٌ عمَّا قاسَ عليه الحَسَن وقال: إطلاقُ الرَّمي لضرورة إقامة الجهاد لا ينفي الضَّمانَ، كتناولِ مالِ الغير حالةَ المَخمصةِ، يُطلَق لمكان الضَّرورةِ ويَجِب الضَّمان.

وَيُكْرَهُ إِخْرَاجُ ذَلِكَ فِي سَرِيَّةٍ لا يُؤْمَنُ عَلَيْها. ولا تُقاتِلُ المَرأَةُ إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِها، ولا العَبْدُ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ، إِلَّا أَنْ يَهْجُمَ العَدُوُّ على بَلَدٍ لِلضَّرُورَةِ. ويَنبَغِي لِلمُسلِمِينَ أَنْ لا يَغدِرُوا ولا يَغُلُّوا ولا يُمَثِّلُوا ....

(وَيُكْرَهُ إِخْرَاجُ ذَلِكَ فِي سَرِيَّةٍ[1] لا يُؤْمَنُ عَلَيْها)؛ لأنَّ فيه تَعرِيضَهُنَّ على الضَّياع والفَضيحةِ، وتَعرِيضَ المصاحفِ على الاستخفاف، فإنَّهم يَستخِفُّون بها مُغايظَةً للمسلمين، وهو التَّأويلُ الصَّحيحُ لقوله ﷺ: «لا تُسافِرُوا بالقرآن في أرض العدوِّ[2]».

ولو دَخلَ مُسلِمٌ إليهم بأمانٍ لا بأسَ بأن يَحمِلَ معه المُصحفَ إذا كانوا قوماً يُوفُون بالعهدِ؛ لأنَّ الظَّاهرَ عدمُ التَّعرُّض.

والعجائزُ يَخرُجْنَ في العسكرِ العظيم؛ لإقامةِ عملٍ يليقُ بهنَّ، كالطَّبخ والسَّقي والمُداواة، فأمَّا الشَّوابُّ فَقرارُهُنَّ في البيوتِ أدفَعُ للفتنةِ، ولا يُباشِرْنَ القتالَ لأنَّه يُستدلُّ به على ضعفِ المسلمين إلَّا عند ضرورةٍ، ولا يُستَحبُّ إخراجُهنَّ لِلمُباضَعَة والخدمةِ، فإن كانوا لا بدَّ مُخرِجين فبالإماء دونَ الحرائر.

(ولا تُقاتِلُ المَرأَةُ إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِها، ولا العَبْدُ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ)؛ لِمَّا بيَّنَّا، (إِلَّا أَنْ يَهْجُمَ العَدُوُّ على بَلَدٍ لِلضَّرُورَةِ).

(ويَنبَغِي لِلمُسلِمِينَ أَنْ لا يَغدِرُوا ولا يَغُلُّوا ولا يُمَثِّلُوا)؛ لقوله ﷺ: «لا تَغُلُّوا ولا تَغدِرُوا ولا تُمثِّلوا[3]».

---

(١) وفي فتاوى قاضي خان: قال أبو حنيفة: أقلُّ السَّريَّة أربُعمائة، وأقلُّ العسكرِ أربعةُ آلاف. وفي المبسوط: السَّريَّةُ عددٌ قليلٌ يَسيرون باللَّيل ويَكمُنُون بالنَّهار انتهى. وكأنَّ المراد مِن شأنهم ذلك، وإلا فقد لا يَكمُنُون، وكأنَّه مأخوذٌ من السُّرى، وهو السَّيرُ ليلاً. فتح.

(٢) أخرجه الجماعة إلَّا الترمذي، وهو عند البخاري في الجهاد والسير، باب: كراهية السفر بالمصاحف إلى أرض العدو (٢٨٢٨)، ومسلم في الإمارة، باب: النهي أن يسافر بالمصحف إلى أرض الكفار (١٨٦٩) عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: أنَّ رسولَ الله ﷺ نهى أن يُسافَرَ بالقرآن إلى أرض العدو.

(٣) تقدَّم في حديث بريدة، انظر ص (٥٣٠) ت (٣).

ولا يَقتُلُوا امرأةً ولا صبِيًّا ولا شَيخاً فانياً ولا مُقْعَداً ولا أعْمَى، ....

والغُلُولُ: السَّرقةُ من المَغْنَم، والغَدْرُ: الخيانةُ ونَقْضُ العهدِ، والمُثلَةُ المَرويَّةُ في قصَّة العُرنيِّين[1] منسوخةٌ بالنَّهي المتأخِّر[2]، هو المنقول.

(ولا يَقتُلُوا امرأةً ولا صبِيًّا ولا شَيخاً فانياً ولا مُقْعَداً ولا أعْمَى)؛ لأنَّ المُبيحَ للقتلِ عندنا هو الحِرابُ، ولا يَتحقَّقُ منهم، ولهذا لا يُقتل يابِسُ الشِّقِّ[3] والمَقطُوعُ اليُمنى والمُقطوعُ يَدُه ورِجلُه من خلاف.

والشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ عليه[4] يُخالِفنا في الشَّيخ الفاني والمُقعَدِ والأعمى؛ لأنَّ المُبيحَ عنده الكفرُ، والحُجَّةُ عليه ما بيَّنَّا.

وقد صحَّ أنَّ النَّبيَّ ﷺ «نهى عن قتلِ الصِّبيانِ والذَّراري[5]»، وحين رأى رسولُ

---

(١) تقدَّم في (١/ ١٠٠).

(٢) قال الزيلعي (٣/ ٣٨٦): ممَّا يدلُّ على نسخِ حديثِ العُرَنيِّين بالآية ما رواه الواقدي في كتاب المغازي: عن أبي هريرة قال: لمَّا قطعَ النَّبيُّ ﷺ أيدي أصحابَ اللقاح، وأرجلَهم، وسَمَل أعينَهُم نزلت هذه الآية ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ﴾ [المَائدة: ٣٣] إلى آخر الآية، قالوا: فلم تُسمَل بعد ذلك عينٌ، قال: وحدَّثني أبو جعفر، قال: ما بَعَثَ النَّبيُّ ﷺ بعد ذلك بَعْثاً، إلَّا نهاهم عن المُثلة.

(٣) أي: المفلوج.

(٤) قال النووي في الروضة (٧/ ٤٤٤) الكتب العلمية: يَحرمُ قتلُ نساءِ الكفَّارِ وصبيانهم والمجانين والخناثى، فإن قاتلوا جاز قتلُهُم، ولو أُسِر منهم مراهقٌ، وشككنا في بلوغه، كُشِفَت عانته، فإن كان أنبَتَ حُكم ببلوغه، وإلا فهو صبيٌّ.

وفي جواز قَتلِ الرَّاهبِ، شيخاً كان أو شاباً، والأجيرِ والمُحترِفِ المَشغولِ بحرفته، والشَّيخِ الضَّعيفِ والأعمى والزَّمِنِ، ومَقطوعِ اليدِ والرِّجل قولان، أظهرهما: الجواز. اهـ.

(٥) أخرجه الجماعة إلا ابن ماجه، وهو عند البخاري في الجهاد والسير، باب: قتل النساء في الحرب (٢٨٥٢)، ومسلم في الجهاد والسير، باب: تحريم قتل النساء والصبيان في الحرب (١٧٤٤) عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قال: وُجِدَتِ امرأةٌ مقتولةٌ في بعضِ مغازي رسولِ الله ﷺ، فَنَهى رسولُ الله ﷺ عن قَتلِ النِّساءِ والصِّبيان.

إلَّا أنْ يكونَ أحدُ هؤلاءِ مِمَّنْ له رأيٌ في الحَربِ، أو تكُونَ المرأةُ مَلِكَةً. ولا يَقتُلُ مَجنُوناً. ويُكرَهُ أنْ يَبْتَدِئَ الرَّجلُ أباهُ مِنَ المشرِكِينَ فيَقتُلَهُ، فإنْ أدْرَكَهُ امْتَنَعَ عليه حَتَّى يَقْتُلَهُ غَيْرُهُ.

الله ﷺ امرأةً مقتولةً قال: «هاه، ما كانت هذه تقاتل، فلِمَ قُتِلت ؟[1]».

قال: (إلَّا أنْ يكونَ أحدُ هؤلاءِ مِمَّنْ له رأيٌ في الحَربِ، أو تكُونَ المرأةُ مَلِكَةً)؛ لِتعدِّي ضَررِها إلى العباد، وكذا يُقتَلُ مَن قاتلَ من هؤلاءِ دفعاً لِشَرِّه، ولأنَّ القتالَ مُبيحٌ حقيقةً.

(ولا يَقتُلُ مَجنُوناً)؛ لأنَّه غيرُ مُخاطَب، إلَّا أن يُقاتِلَ فيُقتَلَ دفعاً لِشَرِّه، غيرَ أنَّ الصَّبيَّ والمَجنونَ يُقتلانِ ما داما يُقاتِلان، وغيرُهما لا بأسَ بِقَتلِهِ بعد الأسرِ؛ لأنَّه من أهلِ العُقوبةِ لِتوجُّهِ الخطابِ نحوه، وإن كان يُجَنُّ ويَفيقُ فهو في حال إفاقته كالصَّحيح[2].

(ويُكرَهُ أنْ يَبْتَدِئَ الرَّجلُ أباهُ مِنَ المشرِكِينَ فيَقتُلَهُ)؛ لقوله تعالى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥]، ولأنَّه يجبُ عليه إحياؤه بالإنفاقِ فيُناقِضُه الإطلاقُ في إفنائه. (فإنْ أدْرَكَهُ امْتَنَعَ عليه حَتَّى يَقْتُلَهُ غَيْرُهُ)؛ لأنَّ المَقصودَ يَحصُل بِغَيرِهِ من غير اقتحامِهِ المأثَمَ، وإنْ قَصَدَ الأبُ قَتْلَه بِحيثُ لا يُمكِنُه دفعُهُ إلَّا بِقَتلِهِ لا بأس به؛ لأنَّ مَقصودَهُ الدَّفعُ، ألا ترى أنَّه لو شَهَر الأبُ المسلمُ سيفَهُ على ابنِهِ، ولا يُمكِنُه دفعُهُ إلَّا بِقَتلِهِ يَقتُلُه لِما بيَّنَّا[3]، فهذا أولى، والله تعالى أعلم بالصواب.

---

(١) أخرج أبو داود في الجهاد، باب: في قتل النساء (٢٦٦٩) رباح بن ربيع قال: كنَّا مع رسولِ اللهِ ﷺ في غزوة فرأى النَّاسَ مُجتمعين على شيءٍ، فبَعَث رجلاً فقال: «انظُرْ عَلامَ اجتمَعَ هؤلاءِ»، فجاء فقال: على امرأةٍ قتيلٍ، فقال: «ما كانت هذه لِتُقاتِل»، قال: وعلى المُقدِّمةِ خالدُ بن الوليد، فبَعَثَ رجلاً فقال: «قل لخالدٍ لا تَقتُلَنَّ امرأةً ولا عَسيفاً».

(٢) يعني: يُقتَل سواءٌ قاتَلَ أو لم يُقاتِل، كالصَّحيح فإنَّه يُقتل وإن لم يُقاتِل.

(٣) إشارة إلى قوله: «لأن مقصوده الدَّفع»، والله أعلم. عناية.

باب الموادعة ومن يجوز أمانه

وإذا رَأَى الإمامُ أنْ يُصالِحَ أهلَ الحَربِ أو فَرِيقاً مِنْهُم، وكانَ في ذلكَ مَصلَحَةٌ لِلمُسلِمِينَ، فلا بَأسَ بِهِ. وإنْ صالَحَهُمْ مُدَّةً، ثُمَّ رأى نَقْضَ الصُّلْحِ أنْفعَ، نَبذَ إليهِمْ وَقاتَلَهُمْ. ....

(باب الموادعة ومن يجوز أمانه)

(وإذا رَأَى الإمامُ أنْ يُصالِحَ أهلَ الحَربِ أو فَرِيقاً مِنْهُم، وكانَ في ذلكَ مَصلَحَةٌ لِلمُسلِمِينَ، فلا بَأسَ بِهِ)؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن جَنَحُواْ لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ﴾ [الأنفال: ٦١]، ووادَعَ رسولُ الله ﷺ أهلَ مكَّة عامَ الحُديبيةِ على أن يَضَعَ الحربَ بينه وبينهم عَشْرَ سنين[١]، ولأنَّ المُوادَعةَ جِهادٌ مَعنًى إذا كان خيراً للمسلمين؛ لأنَّ المقصودَ - وهو دَفعُ الشَّرِّ - حاصلٌ به.

ولا يَقتَصِر الحكمُ على المدَّة المرويَّة؛ لِتَعدِّي المعنى إلى ما زاد عليها، بخلاف ما إذا لم يكن خيراً؛ لأنَّه تركُ الجهادِ صورةً ومعنىً.

(وإنْ صالَحَهُمْ مُدَّةً، ثُمَّ رأى نَقْضَ الصُّلْحِ أنْفعَ، نَبذَ إليهِمْ[٢] وَقاتَلَهُمْ)؛ لأنَّه ﷺ نبَذَ المُوادَعةَ التي كانت بينه وبينَ أهلِ مكَّة[٣]، ولأنَّ المصلحةَ لمَّا تبدَّلت كان النَّبذُ جهاداً، وإيفاءُ العهدِ تَرْكُ الجهادِ صورةً ومعنى.

---

(١) أخرجه أحمد (٤/ ٣٢٥) (١٩١١٧)، وأبو داود - واللفظ له - في الجهاد، باب: في صلح العدو (٢٧٦٦) عن المِسوَر بنِ مَخرَمَة ومروانِ بنِ الحكم: أنَّهم اصطلحوا على وَضعِ الحربِ عَشْرَ سنين، يأمَنُ فيهنَّ الناسُ، وعلى أنَّ بيننا عَيبةٌ مكفوفةٌ، وأنَّه لا إسلالَ ولا إغلالَ.

«العيبة» هنا مَثَل ضربه، و«المَكفوفة» المُشرَجَة المشدودة، و«الإسلال» من السلَّة وهي السَّرقة، و«الإغلال» الخيانة، أغلَّ الرَّجلُ إذا خان.

(٢) أي: بعث إليهم مَن يُعلِمُهم بنقض العهد.

(٣) أخرجه الطبراني في الصغير (٢/ ١٦٧) (٩٦٨)، وابن أبي شيبة في المغازي، باب: حديث فتح مكة (٣٦٩٠٢).

وإنْ بَدَؤُوا بِخيانَةٍ قاتَلَهُمْ ولَمْ يَنْبِذْ إليهم إذا كان ذلك بِاتِّفاقِهِمْ. وإذا رأى الإمامُ مُوادَعَةَ أهلِ الحَرْبِ وأنْ يَأْخُذَ على ذَلكَ مالاً فَلا بَأْسَ بِهِ. ....

ولا بدَّ مِنَ النَّبذ تَحرُّزاً عن الغَدر، وقد قال ﷺ: «في العهود وفاءٌ لا غَدر[1]»، ولا بدَّ من اعتبار مدَّةٍ يَبلُغ فيها خبَرُ النَّبذِ إلى جميعهم، ويُكتفَى في ذلك بمضيِّ مدَّةٍ يتمكَّن مَلِكُهم بعدَ عَلمِه بالنَّبذِ من إنفاذِ الخبرِ إلى أطرافِ مَمْلكتِهِ؛ لأنَّ بذلك ينتفي الغدرُ.

قال: (وإنْ بَدَؤُوا بِخيانَةٍ قاتَلَهُمْ ولَمْ يَنْبِذْ إليهم إذا كان ذلك بِاتِّفاقِهِمْ)؛ لأنَّهم صاروا ناقضينَ للعهدِ، فلا حاجة إلى نَقضِه، بخلافِ ما إذا دخل جماعةٌ منهم، فَقَطعوا الطَّريقَ ولا مَنَعَةَ لهم، حيثُ لا يكونُ هذا نَقْضاً للعهدِ، ولو كانت لهم مَنَعَةٌ وقاتلوا المسلمينَ علانيةً يكونُ نَقضاً للعهد في حقِّهم دونَ غيرِهم؛ لأنَّه بغير إذنِ مَلِكِهم، فَفِعلُهم لا يَلزَمُ غيرَهُم، حتَّى لو كان بإذنِ مَلِكِهم صاروا ناقضينَ للعهدِ؛ لأنَّه باتِّفاقِهم معنىً.

(وإذا رأى الإمامُ مُوادَعَةَ أهلِ الحَرْبِ وأنْ يَأْخُذَ على ذَلكَ مالاً فَلا بَأْسَ بِهِ)؛ لأنَّه لمَّا جازتِ المُوادَعةُ بغير المالِ فكذا بالمالِ، لكن هذا إذا كان بالمسلمين حاجةٌ، أمَّا إذا لم تكنْ لا يجوزُ لِما بيَّنَّا من قبلُ[2].

---

(١) قال الزيلعي (٣/ ٣٩٠):
الموجود في كتب الحديث موقوفاً من كلام عمرو بن عبسة، أخرج الترمذي في السير، باب: في الغدر (١٥٨٠)، وأبو داود في الجهاد، باب: في الإمام يكون بينه وبين العدو عهد (٢٧٥٩) عن سليم بن عامر قال: كان بين معاوية وبين أهلِ الرُّومِ عهدٌ، وكان يسيرُ في بلادهم، حتَّى إذا انقضى العهدُ أغارَ عليهم، فإذا رجلٌ على دابَّةٍ أو على فرسٍ وهو يقول: اللهُ أكبَرُ وفاءً لا غدر، وإذا هو عمروُ بنُ عبسة، فسأله معاوية عن ذلك، فقال سمعتُ رسول الله ﷺ يقول: «مَن كان بينه وبينَ قوم عهدٌ فلا يَحلُنَّ عهداً ولا يَشُدَّنَّه حتَّى يَمضي أمدَهُ أو يَنبُذَ إليهم على سواء» قال: فرجع معاويةُ بالنَّاس. قال أبو عيسى: هذا حديث حسن صحيح.

(٢) يعني قوله: «إنَّه ترك الجهاد صورة ومعنى».

وأمَّا المُرْتَدُّونَ فَيُوادِعُهُمُ الإمامُ حَتَّى يَنْظُرَ في أَمْرِهِمْ، ولا يَأْخُذُ عليهِ مالاً، ولو أَخَذَهُ لَمْ يَرُدَّهُ. ولا يَنْبَغِي أنْ يُباعَ السِّلاحُ مِنْ أهلِ الحَرْبِ، ولا يُجَهَّزْ إليهم.

والمأخوذُ من المالِ يُصرَفُ مَصارِفَ الجِزيةِ، هذا إذا لم يَنزِلوا بساحتِهِم بل أرسلوا رسولاً؛ لأنَّه في معنى الجزيةِ، أمَّا إذا أحاط الجيشُ بهم ثمَّ أخَذوا المالَ، فهو غنيمةٌ يُخمِّسُها ويَقسِمُ الباقي بينهم، لأنَّه مأخوذٌ بالقهر معنىً.

(وأمَّا المُرْتَدُّونَ فَيُوادِعُهُمُ الإمامُ حَتَّى يَنْظُرَ في أَمْرِهِمْ)؛ لأنَّ الإسلامَ مَرجوٌّ منهم، فجازَ تأخيرُ قِتالِهِم طَمَعاً في إسلامهم، (ولا يَأْخُذُ عليهِ مالاً)؛ لأنَّه لا يجوزُ أَخْذُ الجزيةِ منهم لِما نُبيِّنُ[1]، (ولو أَخَذَهُ لَمْ يَرُدَّهُ) لأنَّه مالٌ غيرُ معصوم.

ولو حاصَرَ العدوُّ المسلمينَ وطَلَبُوا المُوادَعَةَ على مالٍ يَدفَعُه المسلمونَ إليهم، لا يَفْعَلُهُ الإمامُ؛ لِما فيه من إعطاءِ الدَّنيَّةِ وإلحاقِ المَذَلَّةِ بأهلِ الإسلام، إلَّا إذا خاف الهلاكَ؛ لأنَّ دَفْعَ الهلاكِ واجبٌ بأيِّ طريقٍ يُمكِن.

(ولا يَنْبَغِي أنْ يُباعَ السِّلاحُ مِنْ أهلِ الحَرْبِ، ولا يُجَهَّزْ إليهم)؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ نهى عن بَيعِ السِّلاحِ من أهلِ الحربِ وحَمْلِه إليهم[2]، ولأنَّ فيه تَقوِيتهمَ على قتالِ المسلمينَ، فَيُمنَعُ من ذلك، وكذا الكُراعُ لِما بيَّنَّا[3]، وكذلك الحديدُ لأنَّه أصلُ السِّلاحِ، وكذا بعدَ المُوادعةِ؛ لأنَّها على شَرفِ النَّقضِ أو الانقضاءِ فكانوا حَرْباً علينا، وهذا هو القياسُ في الطَّعام والثَّوبِ، إلَّا أنَّا عرفناه بالنَّصِّ؛ فإنَّه ﷺ أمرَ

---

(١) أي: في باب الجزية. بناية.

(٢) أخرج البيهقي في الكبرى، كتاب البوع، باب: كراهية بيع العصير ممن يعصر الخمر والسيف ممن يعصى الله ﷻ به (١١٠٩٦)، والطبراني في الكبير (١٨/ ١٣٦) (١٤٩٩٦) عن عمران بن حصين قال: «نهى رسولُ الله ﷺ عن بيع السِّلاح في الفتنة»، قال البيهقي: رَفعُهُ وَهْمٌ، والموقوف أصحُّ.

(٣) يعني قوله: «ولأنَّ فيه تقويتهم على قتال المسلمين».

ثُمامَةَ أنْ يَمِير[١] أهلَ مَكَّة وهم حَرْبٌ عليه[٢].

---

(١) يقال: «مارَ أهله» أي: أتاهم بالطَّعام.

(٢) قال الزيلعي (٣/ ٣٩١): رواه البيهقي في دلائل النُّبوَّة - في آخر باب حديث الإفك - من طريق ابن إسحاق حدثني سعيد المَقبُري عن أبي هريرة، فذكر قصَّةَ إسلام ثُمامةَ بلفظ الصَّحيحين، وفي آخرِهِ: فقال: إنِّي واللهِ ما صبوتُ، ولكنِّي أسلمتُ، وصدَّقتُ محمَّداً، وآمنتُ به، وايمُ الذي نفسُ ثُمامةَ بيدِهِ لا يأتيكم حبَّةٌ من اليمامةِ - وكانت ريفَ مكَّةَ ما بقيتُ - حتَّى يأذنَ فيها محمَّدٌ ﷺ، وانصرَفَ إلى بلده، ومنَعَ الحَمْلَ إلى مكَّةَ حتَّى جَهِدَت قريشٌ، فكتَبُوا إلى رسول الله ﷺ يسألونَهُ بأرحامِهِم أن يَكتُبَ إلى ثُمامةَ يُخلِّي إليهم حَمْلَ الطَّعامِ، ففعل رسولُ الله ﷺ، مختصر. انظر تمامه في نصب الراية.

فصل

إذا أَمَّنَ رَجُلٌ حُرٌّ أوِ امرأةٌ حُرَّةٌ كافِراً أو جَماعَةً أو أَهْلَ حِصْنٍ أو مَدِينةٍ، صَحَّ أمانُهُمْ، ولم يَكُنْ لأحَدٍ مِنَ المُسلِمِينَ قِتالُهُمْ، إلَّا أنْ يَكُونَ في ذلكَ مَفسَدَةٌ، فَيُنْبَذُ إلَيْهِم. ....

(فصل)

في بيان أحكام الأمان

(إذا أَمَّنَ رَجُلٌ حُرٌّ أوِ امرأةٌ حُرَّةٌ كافِراً أو جَماعَةً أو أَهْلَ حِصْنٍ أو مَدِينةٍ، صَحَّ أمانُهُمْ ولم يَكُنْ لأحَدٍ مِنَ المُسلِمِينَ قِتالُهُمْ)، والأصلُ فيه قولُهُ ﷺ: «المُسلِمونَ تَتكافأُ دماؤُهُم ويسعى بِذِمَّتِهم أدناهم[1]»، أي: أقلُّهم، وهو الواحدُ، ولأنَّه مِن أهل القتالِ فَيَخافونَهُ؛ إذ هو مِن أهلِ المَنَعَةِ، فيتحقَّقُ الأمانُ منه لِمُلاقاتِهِ مَحلَّه، ثمَّ يَتعدَّى إلى غيره؛ ولأنَّ سببَهُ لا يَتجزَّأ وهو الإيمانُ، وكذا الأمانُ لا يَتجزَّأ، فيتكامَلُ كولاية الإنكاح.

قال: (إلَّا أنْ يَكُونَ في ذلكَ مَفْسَدَةٌ، فَيُنْبَذُ إلَيْهِم)، كما إذا أَمَّنَ الإمامُ بنفسِهِ ثمَّ رأى المصلحةَ في النَّبذِ، وقد بيَّنَّاه[2].

ولو حاصَرَ الإمامُ حِصْناً وأَمَّنَ واحدٌ منَ الجيشِ، وفيه مَفْسَدةٌ، يَنبُذُ الإمامُ لِما بيَّنَّا، ويُؤدِّبه الإمامُ لافتياتِهِ على رأيه، بخلافِ ما إذا كان فيه نظرٌ؛ لأنَّه ربَّما تَفوتُ المصلحةُ بالتَّأخيرِ، فكان معذوراً.

---

(١) أخرجه أحمد (١/ ١١٩) (٩٥٩)، والنسائي في الصغرى، كتاب القسامة، باب: سقوط القود من المسلم للكافر (٤٧٤٦)، وأبو داود في الجهاد، باب: في السرية ترد على أهل العسكر (٢٧٥١)، وابن ماجه في الديات، باب: المسلمون تتكافأ دماؤهم (٢٦٨٣) ولفظه عنده: عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال: «المسلمونَ تتكافأُ دماؤهم، وهم يدٌ على مَنْ سِواهم، يَسعَى بذمَّتِهِم أدناهم، ويَردُّ على أقصاهم».

قوله: «ويردُّ على أقصاهم»، أي: يردُّ الأقربُ منهم الغنيمةَ على الأبعد. والله أعلم.

(٢) يعني: في باب الموادعة بقوله: «وإن صالحهم مدَّة... إلخ»، وإليه أيضاً أشار بعد قليل بقوله: «لما بيَّنَّا».

ولا يَجُوزُ أمانُ ذِمِّيٍّ ولا أسيرٍ، ولا تاجرٍ يَدخُلُ عليهم، ولا يَجُوزُ أمانُ العَبدِ المَحْجُورِ عليه عند أبي حنيفة، إلَّا أنْ يَأذَنَ لَهُ مَولاهُ في القتال، وقال محمد: يَصِحُّ.

(ولا يَجُوزُ أمانُ ذِمِّيٍّ)؛ لأنَّه مُتَّهمٌ بهم، وكذا لا ولايةَ له على المسلمين.

قال: (ولا أسيرٍ، ولا تاجرٍ يَدخُلُ عليهم)؛ لأنهما مَقهورانِ تحت أيديهم، فلا يَخافُونَهما، والأمانُ يَختَصُّ بمحلِّ الخوفِ، ولأنَّهما يُجبَرانِ عليه فيه، فَيَعرى الأمانُ عن المصلحةِ، ولأنَّهم كلَّما اشتدَّ الأمرُ عليهم يَجِدون أسيراً أو تاجراً، فَيَتخلَّصون بأمانِهِ، فلا يَنفتحُ لنا بابُ الفتح.

ومَنْ أسلَمَ في دار الحربِ ولم يُهاجِر إلينا، لا يَصِحُّ أمانُهُ لِما بيَّنَّا.

(ولا يَجُوزُ أمانُ العَبدِ المَحْجُورِ عليه عند أبي حنيفة، إلَّا أنْ يَأذَنَ لَهُ مَولاهُ في القتال. وقال محمد: يَصِحُّ)، وهو قول الشَّافعي[1]، وأبو يوسف معه في رواية، ومع أبي حنيفة في روايةٍ.

لمحمَّد قولُهُ ﷺ: «أمانُ العبدِ أمانٌ[2]» رواه أبو موسى الأشعري، ولأنَّه مؤمنٌ

---

(١) قال الماوردي في الحاوي (١٣/ ١٤٥) الكتب العلمية: وأمَّا أمان العبد: فهو عند الشَّافعيِّ جائزٌ كأمان الحرِّ، سواء كان مأذوناً له في القتال أو غير مأذون له فيه. اهـ، وانظر الروضة (٧/ ٤٧٢) الكتب العلمية.

(٢) قال الزيلعي (٣/ ٣٩٦): غريب. أخرج عبد الرَّزاق في الجهاد، باب: الجوار وجوار العبد والمرأة (٩٤٣٦) عن فُضَيل الرُّقاشي قال: شَهِدتُ قريةً من قُرى فارسٍ يقال لها: شاهرتا، فحاصرناها شهراً، حتَّى إذا كان ذاتُ يومٍ وطَمِعنا أن نَصبَحُهم انصرفنا عنهم عندَ المَقيلِ، فتَخَلَّف عبدٌ منَّا، فاستأمَنُوه، فكتَبَ إليهم في سَهمٍ أماناً ثمَّ رمى به إليهم، فلمَّا رَجَعنا إليهم خَرَجوا في ثيابهم ووَضَعُوا أسلِحَتَهم، فقلنا: ما شأنُكُم؟ فقالوا: أمَّنتمونا، وأخرجوا إلينا السَّهمَ فيه كتابُ أمانِهِم، فقلنا: هذا عبدٌ والعبدُ لا يَقدِرُ على شيءٍ، قالوا: لا ندري عبدَكُم من حُرِّكم، وقد خرجنا بأمانٍ، قلنا: فارجعوا بأمانٍ، قالوا: لا نرجع إليه أبداً، فكتبنا إلى عمر بعضَ قصَّتِهِم، فكتبَ عمرُ: أنَّ العبدَ المسلمَ من المسلمين، أمانُهُ أمانُهُم، قال: ففاتَنا ما كنَّا أشرَفْنا عليه من غنائمهم.

مُمتنِعٌ، فيصحُّ أمانُهُ اعتباراً بالمأذونِ له في القتالِ وبالمُؤبَّدِ من الأمان، فالإيمانُ[1] لكونه شرطاً للعبادةِ، والجهادُ عبادةٌ، والامتناعُ لِتحقُّقِ إزالةِ الخوفِ به، والتَّأثيرُ[2] إعزازُ الدِّينِ وإقامةُ المَصلحَةِ في حقِّ جماعةِ المسلمين؛ إذ الكلامُ في مثلِ هذه الحالةِ[3]، وإنَّما لا يَملِك المُسايفةَ لِما فيه من تَعطيلِ منافعِ المولى، ولا تَعطيلَ في مُجرَّد القول.

ولأبي حنيفة: أنَّه محجورٌ عن القتالِ فلا يصحُّ أمانُهُ؛ لأنَّهم لا يَخافونَهُ، فلم يُلاقِ الأمانُ محلَّه، بخلافِ المأذونِ له في القتالِ؛ لأنَّ الخَوفَ منه مُتحقِّق، ولأنَّه إنَّما لا يَملِكُ المُسايفةَ لِما أنَّه تَصرُّفٌ في حقِّ المولى على وجهٍ لا يَعرَى عن احتمالِ الضَّررِ في حقِّه، والأمانُ نوعُ قتالٍ وفيه ما ذكرناه[4]؛ لأنَّه قد يُخطِئ، بل هو الظَّاهر[5]، وفيه سدُّ بابِ الاستغنام.

بخلاف المأذونِ لأنَّه رضي به، والخَطأُ نادرٌ لمباشرتِهِ القتالَ.

وبخلاف المُؤبَّد[6] لأنَّه خَلَفٌ عن الإسلامِ، فهو بمنزلةِ الدَّعوةِ إليه، ولأنَّه مقابَلٌ بالجِزيةِ، ولأنَّه مفروضٌ عندَ مسألتِهِم ذلك، وإسقاطُ الفرضِ نفعٌ، فافترقا.

ولو أمَّنَ الصَّبيُّ وهو لا يَعقِلُ، لا يَصحُّ كالمجنون، وإنْ كان يَعقِلُ وهو مَحجُورٌ عن القتالِ فعلى الخلاف، وإن كان مأذوناً له في القتالِ فالأصحُّ أنَّهُ يصحُّ بالاتِّفاق، والله أعلم بالصواب.

---

(١) يعني: شَرَطنا الإيمانَ في قولنا: «ولأنَّه مؤمنٌ ممتنعٌ فيصحُّ أمانُه» لأنَّه شرطٌ للعبادة.

(٢) يعني: العِلَّة الجامعةُ في قياس العبد المحجورِ على المأذونِ له إعزازُ الدِّين وإقامةُ المصلحة ... إلخ.

(٣) أي: حالة إقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين، فإذا تحقَّقت في المحجور عليه صحَّ تعديته إليه. بناية بتصرف.

(٤) يريد أنَّه تصرُّفٌ في حقِّ المولى على وجه لا يَعرَى عن احتمال الضَّرر.

(٥) أي: لأنَّ العبد قد يُخطئ في القتال لِعَدم ممارسته أمور الحرب.

(٦) هذا جواب عن قول محمد: «وبالمؤبَّد من الأمان»، والتقدير: بخلاف الأمان المؤبَّد وهو عقد الذِّمَّة؛ لأنَّه خَلَفٌ عن الإسلام من حيث إنَّه ينتهي به القتال المطلوبُ به إسلامُ الحربيِّ، فهو بمنزلة الدعوة إلى الإسلام، وهو نفعٌ للمسلمين لا ضرر فيه، فصحَّ ذلك الأمان كذلك.

باب الغنائم وقسمتها

وإذا فَتَحَ الإمامُ بَلْدَةً عَنْوَةً: إنْ شاءَ قَسَمَهُ بينَ المُسلِمِينَ، وإنْ شاءَ أقَرَّ أهْلَهُ عليه وَوَضَعَ عليهِمُ الجِزْيَةَ، وعلى أراضِيهِمُ الخَراجَ، ....

(باب الغنائم وقسمتها)

(وإذا فتَحَ الإمامُ بَلْدَةً عَنْوَةً) أي: قهراً (فَهُو بِالخيارِ):

- (إنْ شاءَ قَسَمَهُ بينَ المُسلِمِينَ)، كما فعلَ رسولُ الله ﷺ بخيبر[1].

- (وإنْ شاءَ أقَرَّ أهْلَهُ عليه وَوَضَعَ عليهِمُ الجِزْيَةَ، وعلى أراضِيهِمُ الخَراجَ)، كذلك فعَلَ عمرُ رضي الله عنه بسوادِ العراق بِمُوافقةٍ من الصَّحابة[2]، ولَمْ يُحْمَدْ مَنْ خَالَفَهُ، وفي كلٍّ من ذلك قُدوةٌ فَيُتخيَّر. وقيل: الأولى هو الأوَّل عند حاجةِ الغانِمين، والثَّاني عند عدمِ الحاجةِ؛ ليكونَ عُدَّةً في الزَّمانِ الثاني.

وهذا في العَقار[3]، أمَّا في المنقولِ المُجرَّدِ لا يَجوزُ المَنُّ بالرَّدِّ عليهم؛ لأنَّه لم يَرِد به الشَّرعُ فيه. وفي العَقارِ خلافُ الشَّافعيِّ[4]؛ لأنَّ في المَنِّ إبطالَ حقِّ الغانِمين أو مِلْكِهم، فلا يَجُوزُ من غير بدلٍ يُعادِلُه، والخراجُ غيرُ مُعادِلٍ لِقلَّته. بخلافِ الرِّقاب؛ لأنَّ للإمامِ أن يُبطِلَ حقَّهم رأساً بالقتل.

---

(١) أخرج البخاري في المغازي، باب: غزوة خيبر (٣٩٩٤) عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: «أما والذي نفسي بيده لولا أن أترُكَ آخِرَ النَّاسِ بَبَّاناً ليس لهم شيءٌ، ما فُتِحت عليَّ قريةٌ إلَّا قسَمْتُها كما قسَمَ النَّبيُّ ﷺ خيبرَ، ولكنِّي أترُكُها خِزانةً لهم يَقتَسِمونَها».
«بَبَّاناً» فقراءَ مُعدَمين لا شيءَ لهم مُتساوين في الفقرِ.

(٢) قال الزيلعي (٣/ ٤٠٠): رواه ابن سعد في الطبقات، في ترجمة عثمان بن حنيف، وذكر حديثاً طويلاً.

(٣) أي: إقرارُ أهل بلدٍ على بلدهم بالمَنِّ عليهم.

(٤) قال الماوردي في الحاوي (٨/ ٤٠٤) الكتب العلمية: قال الشَّافعيُّ رحمه الله: كلُّ ما حصلَ مِمَّا غُنِم من أهلِ دارِ الحرب من شيءٍ قلَّ أو كَثُر، من دارٍ أو أرضٍ أو غير ذلك، قُسِم إلَّا الرِّجال البالغين، فالإمامُ فيهم مخيَّرٌ بين أن يَمُنَّ، أو يقتل، أو يفادي، أو يسبي. اهـ.

وهو في الأسارَى بِالخِيارِ: إنْ شاءَ قَتَلَهُم، ....

والحجَّةُ عليه ما رويناه[1]، ولأنَّ فيه نظراً[2]؛ لأنَّهم كالأكَرَةِ العامِلَةِ للمسلمين العالِمَةِ بوجوهِ الزِّراعةِ، والمُؤَنُ مرتفعةٌ مع ما أنَّه يَحظَى به الذين يأتون من بعدُ.

والخراجُ[3] وإن قلَّ حالاً فقد جَلَّ مآلاً لِدَوامِهِ.

وإنْ مَنَّ عليهم بالرِّقابِ والأراضي يَدْفَعُ إليهم من المَنقولاتِ بِقَدْرِ ما يتهيَّأُ لهم العملُ؛ لِيَخرُجَ عن حدِّ الكراهةِ[4].

قال: (وهو في الأسارَى بِالخِيارِ):

- (إنْ شاءَ قَتَلَهُم)؛ لأنَّه ﷺ قد قَتَلَ[5]، ولأنَّ فيه حَسْمَ مادَّةِ الفساد.

---

(١) يعني: من فعل عمر رضي الله عنه.

(٢) التقدير: لأنَّ في إقرارهم على أراضيهم مصلحةً، وهي: أنَّه لو قَسَمها بينهم اشتغلوا بالزِّراعة وقعدوا عن الجهاد فَيكِرُّ عليهم العدوُّ، وربَّما لا يهتدون لذلك العمل أيضاً، فإذا تَرَكها في أيدي أهلها وهم عارفون بالعمل صاروا كالمزارعين العاملين عند المسلمين. عناية بتصرف.

(٣) جوابٌ عن قوله: والخراجُ غيرُ معادِلٍ لقتلِه.

(٤) معناه ما قال الإمام التُّمرتاشي: فإنْ مَنَّ عليهم برقابهم وأراضيهم وقَسَم النِّساءَ والذُّرِّيَّةَ وسائرَ الأموال جازَ، ولكن يُكرَه لأنَّهم لا ينتفعون بالأراضي بدون المال، ولا بقاء لهم بدون ما يُمكِن به تَرجِيَةُ العمر إلَّا أن يَدَع لهم ما يُمكِنُهم به العملُ في الأراضي. عناية.

(٥) فيه أحاديث: منها ما أخرجه البخاري في المغازي، باب: أين ركز النبي ﷺ الراية يوم الفتح (٤٠٣٥)، ومسلم في المواقيت، باب: جواز دخول مكة بغير إحرام (١٣٥٧) عن أنس بن مالك رضي الله عنه: أنَّ النَّبيَّ ﷺ دخل مكَّةَ يومَ الفَتحِ على رأسه المِغفَرُ فلمَّا نزَعَه جاءَهُ رجلٌ فقال: ابنُ خَطَل متعلِّقٌ بأستارِ الكعبةِ، فقال: «اقتله».

قال مالك: لم يكن النَّبيُّ ﷺ فيما نرى - والله أعلم - يومئذٍ مُحرِماً

ومنها: ما أخرجه أحمد (٤/ ٣١٠) (١٨٩٨٣)، والترمذي في السير، باب: ما جاء في النزول على الحكم (١٥٨٤)، وابن ماجه في الحدود، باب: من لا يجب عليه الحد (٢٥٤١) عن عطية القرظي قال: عُرِضنا على النَّبيِّ ﷺ يومَ قُرَيظة، فكان مَن أنبتَ قُتِلَ، ومَنْ لم يُنبِت خُلِّيَ سبيلُهُ، فكنتُ مِمَّنْ لم يُنبِتْ فَخُلِّيَ سبيلي. قال أبو عيسى: هذا حديث حسن صحيح.

وإنْ شاءَ اسْتَرَقَّهُمْ، وإنْ شاءَ تَرَكَهُمْ أحراراً ذِمَّةً لِلمُسلِمِينَ، إلَّا مُشْرِكي العَرَبِ والمُرْتَدِّينَ، ولا يَجُوزُ أنْ يَرُدَّهُم إلى دارِ الحَرْبِ، ولَهُ أنْ يَسْتَرِقَّهُمْ. ولا يُفادِي بالأسارى عند أبي حنيفة، وقالا: يُفادِي بهم أَسارَى المُسلِمِينَ، ....

- (وإنْ شاءَ اسْتَرَقَّهُمْ)؛ لأنَّ فيه دَفْعَ شَرِّهم مع وُفور المَنفعةِ لأهلِ الإسلام.

- (وإنْ شاءَ تَرَكَهُمْ أحراراً ذِمَّةً لِلمُسلِمِينَ)؛ لِما بيَّنّاه[1] (إلَّا مُشْرِكي العَرَبِ والمُرْتَدِّينَ) على ما نُبيِّن إن شاء الله تعالى[2].

(ولا يَجُوزُ أنْ يَرُدَّهُم إلى دارِ الحَرْبِ)؛ لأنَّ فيه تَقوِيَتَهم على المسلمين، فإنْ أسلَمُوا لا يَقتُلُهم لاندفاع الشَّرِّ بدونه، (ولَهُ أنْ يَسْتَرِقَّهُمْ) توفيراً للمَنفعةِ بعدَ انعقادِ سببِ المِلْكِ، بخلاف إسلامِهم قبلَ الأخذِ؛ لأنَّه لم يَنعقِدْ السَّببُ بعدُ.

(ولا يُفادِي بالأسارى عند أبي حنيفة، وقالا: يُفادِي بهم أَسارَى المُسلِمِينَ)، وهو قولُ الشَّافعيِّ[3]؛ لأنَّ فيه تخليصَ المُسلِم، وهو أولى من قَتْل الكافرِ والانتفاعِ به.

وله: أنَّ فيه مَعونةً للكَفَرة؛ لأنَّه يعودُ حَرْباً علينا، ودفعُ شرِّ حِرابِهِ خيرٌ من استنقاذِ الأسيرِ المسلمِ؛ لأنَّه إذا بَقِي في أيديهم كان ابتلاءً في حقِّه غيرَ مضافٍ إلينا، والإعانةُ بِدَفعِ أسيرِهِم إليهم مضافٌ إلينا.

أمَّا المفاداةُ بمالٍ يَأخُذُه منهم، لا يَجوزُ في المشهورِ من المذهب لِما بيَّنَّا[4].

وفي السِّيَرِ الكبيرِ: أنَّه لا بأس به إذا كان بالمسلمين حاجةٌ، استدلالاً بأَسَارى بدر.

ولو كان أسلَمَ الأسيرُ في أيدينا لا يُفادَى بمسلم أسيرٍ في أيديهم؛ لأنَّه لا يُفيد إلَّا إذا طابت نفسُهُ به، وهو مأمونٌ على إسلامِهِ.

---

(١) أي: من فعل عمر رضي الله عنه.

(٢) أي: في باب الجزية. بناية.

(٣) انظر ص (٥٤٥) ت (٤).

(٤) من أنَّ فيه تقويةً أو معونةً للكفرة بعودهم حرباً علينا.

ولا يَجُوزُ المَنُّ عليهم. وإذا أرادَ الإمامُ العَوْدَ ومَعَهُ مَواشٍ فَلَم يَقدِرْ على نَقلِها إلى دارِ الإسلامِ، ذَبَحَها وحَرَّقَها، ولا يَعْقِرُها، ولا يَتْرُكُها. ....

قال: (ولا يَجُوزُ المَنُّ عليهم) أي: على الأسارى، خلافاً للشَّافعيِّ[(١)] فإنَّه يقول: مَنَّ رسول الله ﷺ على بعض الأسارى يومَ بدر[(٢)].

ولنا: قولُه تعالى: ﴿فَٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ حَيۡثُ وَجَدتُّمُوهُمۡ﴾ [التّوبَة: ٥]، ولأنَّه بالأسرِ والقَسْرِ ثَبَتَ حقُّ الاسترقاقِ فيه، فلا يجوزُ إسقاطُهُ بغير منفعةٍ وعِوَضٍ، وما رواه منسوخٌ بما تلونا[(٣)].

(وإذا أرادَ الإمامُ العَوْدَ ومَعَهُ مَواشٍ فَلَم يَقدِرْ على نَقلِها إلى دارِ الإسلامِ، ذَبَحَها وحَرَّقَها، ولا يَعْقِرُها ولا يَتْرُكُها)، وقال الشَّافعيُّ[(٤)]: يَترُكُها؛ لأنَّه ﷺ: نهى عن

---

(١) انظر ص (٥٤٥) ت (٤).

(٢) أخرج البخاري في الخمس، باب: ما كان للنبي ﷺ يعطي المؤلفة قلوبهم وغيرهم من الخمس ونحوه (٢٩٧٥) عن نافعٍ أنَّ عمرَ بنَ الخطاب رضي الله عنه قال: يا رسول الله إنَّه كان علَيَّ اعتكافُ يومٍ في الجاهليَّةِ، فأمَرَه أن يَفِيَ به، قال: وأصابَ عمرُ جاريتين من سَبْيِ حُنَينٍ، فَوَضَعَهما في بعضِ بُيوتِ مكَّةَ، قال: فمَنَّ رسولُ اللهِ ﷺ على سَبيِ حُنينٍ فجَعَلُوا يَسْعَونَ في السِّكَكِ، فقال عمر: يا عبدَ الله انظر ما هذا؟ فقال: مَنَّ رسولُ الله ﷺ على السَّبي، قال: اذهب فأرسل الجاريتين.
وأخرج في المغازي، باب: شهود الملائكة بدرا (٣٧٩٩) جُبَير بنِ مُطعِم: أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال في أسارى بدر: «لو كان المُطعِمُ بنُ عَدي حيَّاً ثمَّ كلَّمني في هؤلاء النَّتنَى لَتركتُهُم له».

(٣) وكذلك قوله تعالى: ﴿فَإِمَّا مَنًّۢا بَعۡدُ وَإِمَّا فِدَآءً﴾ [محمَّد: ٤]، وكذلك قصَّةُ أسارى بدر؛ لأنَّ سورةَ براءة كانت آخِرَ ما نزل، وقد تضمَّنت وُجوبَ القتلِ على كلِّ حالٍ بِقولِهِ تعالى ﴿فَٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ حَيۡثُ وَجَدتُّمُوهُمۡ﴾ [التّوبَة: ٥]، فكان ناسخاً لما تقدَّم كلِّه. عناية.

(٤) قال النووي في الروضة (٧/ ٤٥٦) الكتب العلمية: ولو غَنِمنا أموالَهم وانصرفنا، وخِفنا الاستردادَ، فإن كانت غيرَ حيوان، جاز إتلافُها، لئلا يأخذوها فيتقوَّوا بها، وأمَّا الحيوان، فإن قاتلونا عليه واحتجنا في القتال إلى عَقرِهِ لدفعهم أو للظَّفرِ بهم، جاز.
وإن غنمنا خيلهم وماشيتَهُم، ولَحِقونا وخِفنا الاستردادَ، أو ضَعُف بعضُها، وتَعذَّر سَوقُها، لم يَجز عَقرُها وإتلافُها، لكن تُذبَحُ للأكل، وإن خِفنا أنَّهم يأخذون الخيل، ويقاتلوننا عليها، ويشتدُّ الأمر، جاز إتلافُه.

ولا يَقْسِمُ غَنِيمَةً في دارِ الحَرْبِ حَتَّى يُخرِجَها إلى دارِ الإسلامِ. ....

ذَبْح الشَّاة إلَّا لِمَأكلةٍ[1].

ولنا: أنَّ ذبحَ الحيوانِ يجوزُ لِغَرض صحيحٍ، ولا غَرَضَ أصحُّ من كسرِ شوكةِ الأعداءِ، ثمَّ يُحرَّقُ بالنَّار لِيَنقطِعَ مَنفعَتُهُ عن الكفَّار، وصار كتخريب البُنيانِ، بخلاف التَّحريقِ قبلَ الذَّبحِ؛ لأنَّه مَنهيٌّ عنه، وبخلافِ العَقْرِ لأنَّه مُثلَةٌ.

وتُحرَقُ الأسلحةُ أيضاً، وما لا يَحترِق منها يُدفَنُ في مَوضعٍ لا يَقِفُ عليه الكفَّارُ إبطالاً للمنفعةِ عليهم.

(ولا يَقْسِمُ غَنِيمَةً في دارِ الحَرْبِ حَتَّى يُخرِجَها إلى دارِ الإسلامِ)، وقال الشَّافعيُّ[2]: لا بأس بذلك.

وأصلُهُ: أنَّ المِلْكَ للغانِمين لا يَثبُتُ قبلَ الإحرازِ بدارِ الإسلام عندنا، وعنده يَثبُتُ. ويبتني على هذا الأصلِ عِدَّةٌ من المسائلِ ذكرناها في الكفاية.

له: أنَّ سببَ المِلكِ الاستيلاءُ إذا وَرَدَ على مالٍ مباحٍ، كما في الصُّيودِ، ولا معنى للاستيلاءِ سوى إثباتِ اليدِ، وقد تحقَّق.

ولنا: أنَّه ﷺ «نهى عن بيعِ الغنيمةِ في دار الحرب[3]»، والخلافُ ثابتٌ فيه، والقِسمةُ بيعٌ مَعنىً فتدخل تحته، ولأنَّ الاستيلاءَ إثباتُ اليدِ الحافظةِ والنَّاقلةِ،

= ولو لحقونا ومعنا نساؤهم وصبيانهم، وخِفنا استردادَهُم، لم يَجُزْ قَتلُهم قطعاً. اهـ.

(١) أخرج ابن أبي شيبة في السير، باب: من ينهى عن قتله في دار الحرب (٣٣١٢١) عن يحيى بن سعيد قال: حُدِّثتُ أنَّ أبا بكرٍ بَعَث جيوشاً إلى الشَّام، فخَرَج يَتبَعُ يزيدَ بنَ أبي سفيان فقال: إنِّي أوصيكَ بعشرٍ: لا تقتُلَنَّ صبيَّاً، ولا امرأةً، ولا كبيراً هَرِماً، ولا تقطَعَنَّ شجراً مُثمِراً، ولا تخربَنَّ عامراً، ولا تَعقِرَنَّ شاةً ولا بعيراً إلَّا لِمأكلَةٍ، ولا تُغرِقَنَّ نخلاً ولا تُحرِّقَنَّه، ولا تَغلُلْ ولا تَجبُنْ».

(٢) قال النووي في الروضة (٥/ ٣٣٥) الكتب العلمية: يُستحَبُّ قسمَتُها في دار الحرب، كما قاله أصحابنا، بل قد ذكر صاحبُ المُهذَّب وغيره: أنَّه يُكرَه تأخيرُها إلى دار الإسلام من غير عذرٍ، والله أعلم. اهـ.

(٣) قال الزيلعي (٣/ ٤٠٨) غريب جداً.

والرِدْءُ والمُقاتِلُ في العَسْكَرِ سَواءٌ. ....

والثاني مُنعدِمٌ لِقُدرتهم على الاستنقاذِ ووُجودِهِ ظاهراً[١].

ثمَّ قيل: موضعُ الخلافِ تَرتُّبُ الأحكامِ على القسمةِ إذا قَسَم الإمامُ لا عن اجتهاد؛ لأنَّ حُكمَ المِلْك لا يَثبُت بدونِهِ.

وقيل: الكراهة[٢]، وهي كراهةُ تنزيهٍ عند محمد، فإنَّه قال[٣]: «على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا تَجوزُ القسمةُ في دارِ الحَربِ»، وعند محمد: الأفضلُ أن يَقسِمَ في دار الإسلام[٤].

ووجهُ الكراهةِ: أنَّ دليلَ البُطلانِ راجحٌ، إلَّا أنَّه تقاعَدَ عن سَلْبِ الجواز، فلا يَتقاعدُ عن إيراثِ الكراهة.

(والرِدْءُ والمُقاتِلُ في العَسْكَرِ سَواءٌ)؛ لاستوائهم في السَّببِ، وهو المُجاوزةُ أو شُهودُ الوَقْعة[٥] على ما عُرِف، وكذلك إذا لم يُقاتِلْ لِمَرَضٍ أو غيرِهِ لِما ذكرنا.

---

(١) أي: وجود الاستنقاذ ظاهراً؛ لكون المسلمين في دياره العدو.

(٢) أي: حكمُ قسمةِ الغنائمِ في دار الحرب على مذهبنا الكراهةُ، لا عدمُ الجواز.

(٣) القائل هو الإمام محمد.

(٤) قال في العناية: فيه نظرٌ لأنَّ هذا يشير إلى أنَّ قول محمد على خلاف قول أبي حنيفة في القسمة في دار الحرب، وليس بمشهور، فإنَّه لا خلاف بينهم في ظاهر الرواية عن أصحابنا، وفي غير ظاهر الرواية الأفضليَّةُ منقولةٌ عن أبي يوسف.
وأيضاً قولُه: «على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا تجوز القسمة» يدلُّ على خلاف ما يدلُّ عليه قوله: «وقيل الكراهة».
وفي الجملة هذا الموضع لا يخلو عن تسامح. والمَخلَص عنه: أنَّهم اختلفوا في المراد بقوله: «ولا يَقسِم غنيمةً في دار الحرب»، فقال بعض المشايخ: المراد به عدمُ جوازِ القسمةِ حتَّى لا تَثبُت الأحكامُ المُترتِّبةُ على القسمة. وقال بعضهم: المرادُ به الكراهةُ، وعلى هذا قوله: «على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا تجوز القسمة» إنما يصحُّ على قول الأولي.

(٥) أي: مجاوزة الدَّرب بنيَّة القتال عندنا، أو شهودُ الوَقعةِ عند الشَّافعيِّ.

وإذا لَحِقَهُمُ المَدَدُ في دارِ الحَرْبِ قَبْلَ أنْ يُخْرِجُوا الغَنيمَةَ إلى دارِ الإسلامِ، شَارَكُوهُمْ فيها. ولا حَقَّ لأهلِ سُوْقِ العَسْكَرِ في الغَنِيمَةِ إلَّا أنْ يُقاتِلُوا. ....

(وإذا لَحِقَهُمُ المَدَدُ في دارِ الحَرْبِ قَبْلَ أنْ يُخْرِجُوا الغَنيمَةَ إلى دارِ الإسلامِ شَارَكُوهُمْ فيها)، خلافاً للشَّافعيِّ[1] بعدَ انقضاءِ القتالِ، وهو بناء على ما مَهَّدناه من الأصل[2].

وإنَّما يَنقطِعُ حقُّ المشاركةِ عندنا بالإحرازِ، أو بقسمةِ الإمامِ في دارِ الحَربِ، أو بِبَيعِهِ المَغانِمَ فيها، لأنَّ بكلِّ واحدٍ منها يَتمُّ المِلْكُ، فَيَنقطعُ حقُّ شركةِ المَدَدِ.

قال: **(ولا حَقَّ لأهلِ سُوْقِ العَسْكَرِ في الغَنِيمَةِ إلَّا أنْ يُقاتِلُوا)**.

وقال الشَّافعيُّ في أحد قوليه: يُسهِم لهم[3]؛ لقوله ﷺ: «الغنيمةُ لِمَن شَهِد الوقعةَ[4]»، ولأنَّه وُجِد الجهادُ معنىً بِتَكثير السَّوادِ.

---

(١) قال في المجموع (١٩/ ٣٦٣) دار الفكر: وإذا لَحِقَ بالجيش مَدَدٌ أو أفلت أسيرٌ ولَحِقَ بهم، نظرت:
- فإن كان قبلَ انقضاءِ الحربِ وحيازةِ الغنيمةِ أسهَمَ لهم لقول عمر رضي الله عنه: «الغنيمة لمن شهد الوقعة».
- وإن كان بعد انقضاءِ الحربِ وحيازةِ الغنيمةِ لم يُسهِم لهم؛ لأنَّهم حضروا بعد ما صارت الغنيمة للغانمين.
- وإن كان بعدَ انقضاءِ الحربِ وقبلَ حيازةِ الغنيمةِ ففيه قولان: أحدهما: أنَّه لا يُسهَمُ لهم لأنَّهم لم يَشهَدوا الوقعة، والثاني: أنَّه يُسهَم لهم لأنَّهم حضروا قبل أن يَملِك الغانمون. اهـ.

(٢) يريد ما مَرَّ أنَّ سببَ المِلك عنده هو الأخذُ والمِلكُ يَثبُت به، وعندنا: أنَّ السَّبب هو الإحراز.

(٣) قال النووي في الروضة (٥/ ٣٣٩) الكتب العلمية: تجارُ العسكرِ وأهلِ الحِرَف، كالخيَّاطين، والسَّرَّاجين، والبَزَّازين، والبقَّالين، وكلُّ مَن خرج لِغَرَض تجارةٍ أو معاملةٍ، إذا شَهِدوا الوقعةَ، ففي استحقاقِهُمُ السَّهمَ طُرُق، المذهبُ أنَّهم إن قاتلوا استَحقُّوا، وإلَّا، فلا، وقيل: بالاستحقاق مطلَقاً، وهو الأصحُّ عند الرُّوياني، وبالمنع مُطلَقاً. وإذا لم نُسهِم لهم، فلهم الرَّضخُ على الأصح. اهـ.

(٤) الصحيحُ أنَّه موقوفٌ على عمر، كما سيذكر المصنِّف بعد أسطر، ذكره الزيلعي (٣/ ٤٠٨)، رواه ابن أبي شيبة في السير، باب: من قال ليس له شيء إذا قدم بعد الوقعة (٣٣٢٢٥)، والطبراني في الكبير (٨/ ٣٢١) (٨٢١٩) عن طارق بن شهاب: أنَّ أهلَ البصرةِ غَزَوا نهاوند، فأمدَّهُم =

وإنْ لَمْ تَكُنْ لِلإمامِ حَمُولَةٌ تُحمَلُ عليها الغنائمُ، قَسَمَها بينَ الغانِمِينَ قِسمَةَ إيداعٍ لِيَحمِلُوها إلى دارِ الإسلامِ، ثُمَّ يَرْتَجِعُها منهم فَيَقْسِمُها. ....

ولنا: أنَّه لم تُوجَدِ المُجاوزَةُ على قَصْدِ القتالِ، فانعَدَمَ السَّببُ الظَّاهرُ فَيُعتَبَرُ السَّببُ الحقيقيُّ، وهو القتالُ، فَيُفيدُ الاستحقاقَ على حَسَبِ حالِهِ فارساً أو راجلاً عند القتالِ، وما رواه موقوفٌ على عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ[1]، وتأويلُهُ أن يَشْهَدَها على قَصدِ القتال.

(وإنْ لَمْ تَكُنْ لِلإمامِ حَمُولَةٌ[2] تُحمَلُ عليها الغنائمُ، قَسَمَها بينَ الغانِمِينَ قِسمَةَ إيداعٍ لِيَحمِلُوها إلى دارِ الإسلامِ، ثُمَّ يَرْتَجِعُها منهم فَيَقْسِمُها)، قال العبدُ الضعيف: هكذا ذُكَر في المختصر، ولم يَشتَرِط رضاهم، وهو روايةُ السِّيَر الكبير.

والجملةُ في هذا: أنَّ الإمامَ إذا وَجَدَ في المَغْنَمِ حَمُولةً يَحمِلُ الغنائمَ عليها؛ لأنَّ الحَمُولةَ والمَحمُولَ مالُهم. وكذا إذا كان في بيتِ المال فَضْلُ حَمُولةٍ؛ لأنَّه مالُ المسلمين.

ولو كان[3] للغانمين أو لِبَعضِهم لا يُجبِرُهُم في رواية السِّيَر الصَّغير؛ لأنَّه ابتداءُ إجارةٍ، وصارَ كما إذا نَفَقَت دابَّتُه في مَفازةٍ ومع رَفيقِهِ فَضلُ حَمولةٍ، ويُجبِرُهم في رواية السِّيَر الكبيرِ؛ لأنَّه دفعُ الضَّررِ العامِّ بِتَحميل ضررٍ خاصٍّ.

= أهلُ الكوفة وعليهم عمَّارُ بنُ ياسر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، فظهروا، فأرادَ أهلُ البصرةِ أن لا يَقسِمُوا لأهلِ الكوفةِ، فقال رجلٌ من بني تميم أو بني عطارد: أيُّها العبدُ الأجدَعُ، تريدُ أن تشاركنا في غنائمِنا، وكانت أذنُهُ جُدِعَت مع رسول الله ﷺ، فقال: خيرَ أُذُني سَبَبتَ، فكتَبَ إلى عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، وكتَبَ أنَّ الغنيمةَ لِمَن شَهِدَ الوَقْعَة.

(١) ومِثلُه ليس بحجَّة عنده؛ لأنه لا يرى تقليد الصَّحابيِّ. عناية.

(٢) «حمولة» بفتح الحاء، ما يُحمَل عليه من بعير أو فرس أو بغل أو حمار.

(٣) أي: ما يُحمَل عليه.

ولا يَجُوزُ بَيْعُ الغنائِمِ قبلَ القِسْمَةِ في دارِ الحَرْبِ. ومَنْ ماتَ مِنَ الغانِمِينَ في دارِ الحَرْبِ، فَلا حَقَّ لَهُ في الغَنِيمَةِ، ومَنْ ماتَ مِنْهُمْ بَعْدَ إخراجِها إلى دارِ الإسلامِ، فَنَصِيبُهُ لِوَرَثَتِهِ. ....

(ولا يَجُوزُ بَيْعُ الغنائِمِ قبلَ القِسْمَةِ في دارِ الحَرْبِ)؛ لأنَّه لا مِلْكَ قبلَها، وفيه خلافُ الشَّافعيِّ[1]، وقد بيَّنَّا الأصلَ[2].

(ومَنْ ماتَ مِنَ الغانِمِينَ في دارِ الحَرْبِ، فَلا حَقَّ لَهُ في الغَنِيمَةِ، ومَنْ ماتَ مِنْهُمْ بَعْدَ إخراجِها إلى دارِ الإسلامِ، فَنَصِيبُهُ لِوَرَثَتِهِ)؛ لأنَّ الإرثَ يَجري في المِلك، ولا مِلْك قبلَ الإحرازِ، وإنَّما المِلكُ بعده.

وقال الشَّافعيُّ[3]: مَنْ ماتَ منهم بعد استقرارِ الهزيمةِ، يُورَثُ نَصيبُهُ؛ لِقيام المِلك فيه عنده، وقد بيَّنَّاه[4].

---

(١) قال الماوردي في الحاوي (١٤/ ١٦١) الكتب العلمية:
وقولُهُم - أي: الحنفية - إنَّ بيعَها قبلَ القسمةِ لا يجوز، فنحن نُجوِّزُه إذا اختار الغانمُ تَملُّكَها، ونجعَلُ بيعَها اختياراً لِتَملُّكِها. اهـ.

(٢) أنَّ المِلكَ لا يثبت للغانمين قبل الإحراز بدار الإسلام، خلافا له. بناية.

(٣) قال النووي في الروضة (٥/ ٣٣٦) الكتب العلمية:
مات بعضُهُم قبلَ الشُّروعِ في القتال، فلا حقَّ له، ولو مات فرسُهُ أو سُرِق أو خرج من يده ببيع أو هبةٍ ونحوهما، لم يَستحِقَّ سهمَ الفرس.
ولو مات رجلٌ بعد انقضاءِ الحربِ وحيَّازةِ المال، انتَقَل حقُّه إلى ورثته. ولو مات فرسُهُ في هذه الحال، استَحَقَّ سهمَ الفرس.
ولو مات الرَّجلُ بعد انقضاء الحربِ وقبلَ الحيازةِ، انتقل حقُّه إلى ورثتِهِ على الأصحِّ، ولو مات فرسُهُ في هذا الحال، استَحَقَّ سهمَ الفرس على الأصحِّ.
ولو مات في أثناء القتال، سقط حقُّه على المنصوص، ونص في موت الفرس في هذا الحال أنَّه يَستحِقُّ سهمَ الفرس. اهـ.

(٤) أي: في مسألة قسمة الغنيمة في دار الحرب.

ولا بَأْسَ بِأنْ يَعْلِفَ العَسْكَرُ في دارِ الحَرْبِ، ويَأكُلُوا ما وَجَدُوهُ مِنَ الطَّعامِ،

قال: (ولا بَأْسَ بِأنْ يَعْلِفَ العَسْكَرُ في دارِ الحَرْبِ، ويَأكُلُوا ما وَجَدُوهُ مِنَ الطَّعامِ)، قال ﵁: أرسَلَ ولم يُقيِّده بالحاجةِ، وقد شَرَطَها في رواية، ولم يَشترِطها في أخرى.

- وجهُ الأولى: أنَّه مُشترَكٌ بينَ الغانِمين، فلا يُباحُ الانتفاعُ به إلَّا لحاجةٍ، كما في الثِّياب والدَّوابِّ.

- وجهُ الأخرى: قوله ﷺ في طعام خيبر: «كُلُوها واعلِفُوها ولا تَحمِلُوها[1]»، ولأنَّ الحُكمَ يُدارُ على دليلِ الحاجةِ، وهو كونُهُ في دارِ الحربِ؛ لأنَّ الغازي لا يَستَصحِبُ قُوتَ نفسِهِ وعَلَفَ ظهرِهِ مُدَّةَ مُقامِهِ فيها، والمِيرَةُ مُنقطعةٌ، فبقي على أصلِ الإباحةِ للحاجةِ، بخلاف السِّلاحِ؛ لأنَّه يَستصحِبُه، فانعدم دليلُ الحاجةِ، وقد تَمَسُّ إليه الحاجةُ فَتُعتبر حقيقَتُها فَيَستعمِلُه، ثمَّ يردُّه في المَغنَم إذا استغنى عنه، والدَّابَّةُ مثلُ السِّلاح، والطَّعامُ كالخُبزِ واللَّحمِ وما يُستعمَل فيه كالسَّمن والزَّيت.

---

(1) قال الزيلعي: (٣/ ٤٠٩):

رواه البيهقي في كتاب المعرفة عن عبد الله بن عمرو قال: قال رسول الله ﷺ يوم خيبر: «كُلُوا، واعلِفُوا، ولا تَحتمِلوا».

ورواه الواقدي في كتاب المغازي بسند آخر عن جابر بن عبد الله قال: لمَّا انتهينا إلى الحصن، والمُسلمونَ جِياعٌ، إلى أن قال: فوَجَدْنا والله فيه من الأطعمة ما لم يُظَنَّ أنَّ هناك من الشَّعير، والتَّمر، والسَّمن، والعَسَل، والزَّيت، والوَدَكِ، ونادى منادي رسولِ الله ﷺ: «كلوا، واعلِفُوا، ولا تَحتمِلُوا»، يقول: ولا تَخرُجُوا به إلى بلادكم، فكان المسلمون يأخذون مدَّةَ مُقامِهِم طعامَهُم، وعَلَفَ دوابِّهم، لا يَمتنِعُ أحدٌ من ذلك، مختصر.

قال البيهقي: في إسناده ضعف.

وأخرج البخاري في الخمس، باب: ما يصيب من الطعام في أرض الحرب (٢٩٨٥) عن ابن عمر ﵄ قال: كنَّا نُصيب في مَغازِينا العَسَلَ والعِنَبَ، فنأكلُهُ ولا نَرفَعُهُ.

وَيَسْتَعمِلُوا الحَطَبَ، ويَدَّهِنُوا بِالدُّهْنِ، ويُوقِحُوا بِهِ الدَّابَّةِ، ويُقاتِلُوا بِما يَجِدُونَهُ مِنَ السِّلاحِ، كلُّ ذلك بِلا قِسْمَةٍ، ولا يَجُوزُ أنْ يَبِيعُوا مِنْ ذَلِكَ شَيئاً ولا يَتَمَوَّلُونَهُ. .

قال: (وَيَسْتَعمِلُوا الحَطَبَ) وفي بعض النُّسخ «الطِّيب»، (ويَدَّهِنُوا بِالدُّهْنِ، ويُوقِحُوا[1] بِهِ الدَّابَّةِ) لِمَساس الحاجةِ إلى جميعِ ذلك، (ويُقاتِلُوا بِما يَجِدُونَهُ مِنَ السِّلاحِ، كلُّ ذلك بِلا قِسْمَةٍ)، وتأويلُهُ: إذا احتاج إليه، بأن لم يكن له سلاحٌ، وقد بيَّنَّاه[2].

(ولا يَجُوزُ أنْ يَبِيعُوا مِنْ ذَلِكَ شَيئاً ولا يَتَمَوَّلُونَهُ)؛ لأنَّ البيعَ يترتَّبُ على المِلْكِ، ولا مِلْكَ على ما قدَّمناه، وإنَّما هو إباحةٌ، وصار كالمباحِ له الطَّعامُ.

وقوله: «ولا يتموَّلونه» إشارةٌ إلى أنَّهم لا يَبيعونَهُ بالذَّهب والفضَّةِ والعُرُوضِ؛ لأنَّه لا ضرورةَ إلى ذلك، فإن باعَهُ أحدُهُم رُدَّ الثَّمنُ إلى الغنيمةِ؛ لأنَّه بدلُ عينٍ كانت للجماعةِ.

وأمَّا الثِّيابُ والمَتاعُ فَيُكره الانتفاعُ بها قبلَ القسمةِ من غير حاجةٍ للاشتراك، إلَّا أنَّه يَقسِمُ الإمامُ بينهم في دارِ الحربِ إذا احتاجوا إلى الثِّيابِ والدَّوابِّ والمَتاعِ؛ لأنَّ المُحرَّمَ يُستباحُ للضَّرورةِ، فالمكروهُ أولى، وهذا لأنَّ حقَّ المَددِ مُحتمِلٌ[3]، وحاجةُ هؤلاءِ مُتيقَّنٌ بها فكان أولى بالرِّعاية.

ولم يَذكُر[4] القسمةَ في السِّلاحِ، ولا فرقَ في الحقيقةِ؛ لأنَّه إذا احتاجَ واحدٌ يُباحُ له الانتفاعُ في الفَصلَين[5]، وإنِ احتاجَ الكُلُّ يُقسَمُ في الفَصْلين،

---

(١) توقيحُ الدَّابَّة تَصليبُ حافِرِها بالشَّحم المُذاب إذا خَفِيَ من كثرة المشي، ونُقِل عن المُصنِّف بالرَّاء من «التَّرقيح» وهو الإصلاح، قال: هكذا قرأنا على المشايخ.

(٢) إشارة إلى قوله: «بخلاف السِّلاح لأنَّه يستصحبه ...» إلخ.

(٣) هذا جوابٌ عن سؤالٍ مقدَّرٍ، بأن يقال: كيف جازت القسمة وفيها قطعُ حقِّ الغير، وهو المدد؛ لأنَّ المدد إذا لحقهم بشوكتهم صار له حق فيها.

(٤) أي: الإمام محمد في كتاب السِّيَر. بناية.

(٥) أي: في فَصْل السِّلاح وفَصْل الثِّياب والدَّواب.

ومَنْ أسْلَمَ مِنْهُمْ أَحْرَزَ بِإسلامِهِ نَفْسَهُ وأولادَهُ الصِّغارَ وكلَّ مالٍ هُوَ في يَدِهِ، أو وَدِيعَةٌ في يَدِ مُسلِمٍ أو ذِمِّيٍّ، فإنْ ظَهَرْنا على دارِ الحَرْبِ فَعَقارُهُ فَيءٌ ....

بخلافِ ما إذا احتاجُوا إلى السَّبي حيثُ لا يُقسَم؛ لأنَّ الحاجةَ إليه من فُضُولِ الحَوائج.

قال: (ومَنْ أسْلَمَ مِنْهُمْ) معناه: في دارِ الحربِ (أَحْرَزَ بِإسلامِهِ نَفْسَهُ)؛ لأنَّ الإسلامَ يُنافي ابتداءَ الاسترقاقِ، (وأولادَهُ الصِّغارَ)؛ لأنَّهم مسلمونَ بإسلامِهِ تَبَعاً، (وكلَّ مالٍ هُوَ في يَدِهِ) لقوله ﷺ: «مَن أسلَمَ على مالٍ فهو له[1]»، ولأنَّه سَبَقت يدُهُ الحقيقيَّةُ إليه يَدَ الظَّاهرين عليه، (أو وَدِيعَةٌ[2] في يَدِ مُسلِمٍ أو ذِمِّيٍّ)؛ لأنَّه في يدٍ صحيحةٍ محترمةٍ، ويدُهُ كيَدِه.

(فإنْ ظَهَرْنا على دارِ الحَرْبِ فَعَقارُهُ فَيءٌ)، وقال الشَّافعيُّ[3]: هو له؛ لأنَّه

---

(١) أخرج أبو يعلى (١٠/ ٢٢٦) (٥٨٤٧) عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «مَن أسلم على شيءٍ فهو له».

وأخرج البخاري في الجهاد والسير، باب: باب إذا أسلم قوم في دار الحرب ولهم مال وأرضون فهي لهم (٢٨٩٤) عن زيد بن أسلم عن أبيه: أنَّ عمرَ بنَ الخطاب رضي الله عنه استعمَلَ مولى له يُدعَى هُنَيّاً على الحِمى، فقال: يا هُنَي اضمُمْ جَناحَك على المسلمين، واتَّقِ دعوةَ المظلوم؛ فإنَّ دعوةَ المظلومِ مُستجابَةٌ، وأدخِلْ ربَّ الصُّرَيمةِ وربَّ الغُنَيمةِ وإيَّايَ ونَعَمَ بنَ عوفٍ ونَعَمَ بنَ عفَّان، فإنَّهما إن تَهلِكْ ماشِيَتُهما يَرجِعا إلى نَخلٍ وزرعٍ، وإنَّ ربَّ الصُّرَيمةِ وربَّ الغُنَيمةِ إنْ تَهلِكْ ماشيتُهُما يأتني بِبَنيهِ فيقول: يا أمير المؤمنين، أفتارِكُهُم أنا لا أبا لكَ؟ فالماءُ والكلأُ أيسَرُ عليَّ من الذَّهبِ والوَرِقِ، وايمُ اللهِ إنَّهم لَيَرونَ أنِّي قد ظلمتُهُم، إنَّها لَبلادُهُم فقاتَلُوا عليها في الجاهليةِ وأسلَمُوا عليها في الإسلامِ، والذي نفسي بيده لولا المالُ الذي أحمِلُ عليه في سبيلِ اللهِ ما حَمَيتُ عليهم من بلادِهِم شبراً.

(٢) بالرَّفع عطفاً على قوله: «هو في يده».

(٣) قال الماوردي في الحاوي (١٤/ ٢٢٠) الكتب العلمية: إذا أسلم الحربيُّ عُصِم دمُهُ بالإسلام، وأُحرِز له جميعُ أمواله، وصار إسلامُهُ إسلاماً لجميع أولادِهِ الصِّغار من الذُّكور والإناث، يَعصِمُهُم الإسلامُ من السَّبي والاسترقاق، فإن كان له حملٌ من زوجتِهِ أُجري عليه حكمُ الإسلامُ في المَنع من استرقاقِهِ،

وزَوْجَتُهُ فَيءٌ وكذا حَمْلُها فَيْءٌ، وأولادُهُ الكِبارُ فَيْءٌ، ومَنْ قاتَلَ مِنْ عَبِيدِهِ فَيْءٌ، وما كانَ مِنْ مالِهِ في يَدِ حَرْبِيٍّ فَهُوَ فَيْءٌ، ....

في يده، فصار كالمنقول.

ولنا: أنَّ العقارَ في يدِ أهلِ الدَّارِ وسُلطانِها، إذْ هو من جملةِ دارِ الحربِ، فلم يكن في يدِهِ حقيقةً.

وقيل: هذا قولُ أبي حنيفة وأبي يوسف الآخِر. وفي قولِ محمَّدٍ، وهو قول أبي يوسف الأوَّل: هو كغيرِهِ من الأموال، بناءً على أنَّ اليدَ حقيقةً لا تَثبُتُ على العقارِ عندهما، وعند محمَّد تَثبُتُ.

(وزَوْجَتُهُ فَيءٌ)؛ لأنَّها كافرة حربيَّةٌ لا تَتْبَعُه في الإسلام، (وكذا حَمْلُها فَيْءٌ) خلافاً للشَّافعيِّ[1]، هو يقول: إنَّه مسلمٌ تَبعاً كالمُنفصِل.

ولنا: أنَّه جُزؤها، فَيرِقُّ بِرقِّها، والمسلمُ مَحلٌّ للتَّملُّكِ تبعاً لغيره، بخلاف المُنفصِلِ؛ لأنَّه حرٌّ لانعدامِ الجزئيَّةِ عند ذلك.

(وأولادُهُ الكِبارُ فَيْءٌ)؛ لأنَّهم كفَّارٌ حَربيُّون ولا تَبعيَّةَ.

(ومَنْ قاتَلَ مِنْ عَبِيدِهِ فَيْءٌ)؛ لأنَّه لمَّا تمرَّدَ على مَولاه خَرَج مِن يدِهِ، فصار تَبعا لأهل دارهم.

(وما كانَ مِنْ مالِهِ في يَدِ حَرْبِيٍّ فَهُوَ فَيْءٌ) غَصباً كان أو وديعةً؛ لأنَّ يدَهُ ليست بِمُحتَرمةٍ.

= ولا يَمنَعُ ذلك من استرقاقِ أمِّهِ، وسواءٌ كان إسلامُهُ في دار الحربِ أو دارِ الإسلام، لخوفٍ أو غيرِ خوفٍ، ما لم يدخل تحتَ القدرةِ، وسواء كان مالُهُ منقولاً أو غيرَ مَنقولٍ، كانت له عليه يدٌ أو لم تكن. اهـ.

وانظر روضة الطالبين (٧/ ٤٥٢) الكتب العلمية.

(١) انظر التَّعليق السَّابق.

وما كانَ غَصْباً في يَدِ مُسلِمٍ أو ذِمِّيٍّ، فَهُوَ فَيْءٌ عند أبي حنيفة، وقال محمد: لا يَكونُ فَيْئاً. وإذا خَرَجَ المُسلِمُونَ مِنْ دارِ الحَرْبِ لَمْ يَجُزْ أنْ يَعْلِفُوا مِنَ الغَنِيمَةِ ولا يَأكُلُوا منها، ومَنْ فَضَلَ مَعَهُ عَلَفٌ أو طَعامٌ رَدَّهُ إلى الغَنِيمَةِ.

(وما كانَ غَصْباً في يَدِ مُسلِمٍ أو ذِمِّيٍّ، فَهُوَ فَيْءٌ عند أبي حنيفة. وقال محمد: لا يَكونُ فَيْئاً)، قال العبد الضَّعيف رَحِمَهُ اللهُ: كذا ذَكَر الاختلافَ في السِّيَر الكبير. وذكروا في شروح الجامع الصَّغير قولَ أبي يوسف مع محمد.

لهما: أنَّ المالَ تابعٌ للنَّفس، وقد صارت معصومةً بإسلامِهِ، فَيَتبَعُها مالُهُ فيها.

وله: أنَّ مالَهُ مباحٌ فَيُملكُ بالاستيلاء، والنَّفسُ لم تَصِر معصومةً بالإسلام، ألا ترى أنَّها ليست بِمُتقوِّمةٍ، إلَّا أنَّه مُحرَّمُ[١] التَّعرُّضُ في الأصل[٢] لكونه مُكلَّفا، وإباحةُ التَّعرُّضِ بِعارِضِ شَرِّه، وقد اندفَعَ بالإسلام، بخلافِ المال؛ لأنَّه خُلِقَ عُرضةً للامتهانِ، فكان مَحلاً لِلتَّملُّك، وليست في يدِهِ حُكماً فلم تَثبُتِ العِصمةُ.

(وإذا خَرَجَ المُسلِمُونَ مِنْ دارِ الحَرْبِ لَمْ يَجُزْ أنْ يَعْلِفُوا مِنَ الغَنِيمَةِ ولا يَأكُلُوا منها)؛ لأنَّ الضَّرورةَ قد ارتفعت، والإباحةُ باعتبارها، ولأنَّ الحقَّ قد تأكَّد حتَّى يُورَثُ نَصيبُهُ، ولا كذلك قبلَ الإخراجِ إلى دار الإسلام.

(ومَنْ فَضَلَ مَعَهُ عَلَفٌ أو طَعامٌ رَدَّهُ إلى الغَنِيمَةِ)، معناه: إذا لم تُقسَم. وعن الشَّافعيِّ مثلُ قَولِنا[٣]، ....

(١) جواب عن سؤال مقدر، وهو: لو لم تكن معصومةً لما كانت مُحرَّم التَّعرُّض كالحربي، وليس كذلك.

(٢) يعني: أنَّ حُرمةَ التَّعرُّض ليست لكونها معصومةً، وإنَّما هي باعتبار أنَّ النَّفس على الإطلاق مُحرَّمٌ التَّعرُّض لها في الأصل؛ لكونها مُكلَّفة لِتَقوم بما كُلِّفت به. عناية.

(٣) قال النووي في الروضة (٧/ ٤٦٠) الكتب العلمية: ومَن دخل من الغانمين دارَ الإسلامِ وقد فضَلَ مِمَّا أخذه شيءٌ، ففي وجوب ردِّه إلى المَغنم ثلاثة أقوال، أظهرُها: يجبُ؛ لزوالِ الحاجةِ والمأخوذُ متعلَّقُ حقِّ الجميع، والثاني: لا؛ لإباحةِ الأخذِ، والثالث: إن كان قليلاً لا يُبالى به، كَكِسَر الخُبز وبقيَّةِ =

وعنه أنَّه لا يُرَدُّ اعتباراً بالمُتلصِّص[1].

ولنا: أنَّ الاختصاصَ[2] ضرورةَ الحاجةِ وقد زالت.

بخلافِ المُتلصِّصِ؛ لأنَّه كان أحقَّ به قبلَ الإحرازِ فكذا بعده.

وبعدَ القسمةِ تَصدَّقُوا به[3] إن كانوا أغنياء، وانتَفَعُوا به إن كانوا مَحاويج؛ لأنَّه صارَ في حُكم اللُّقَطة؛ لِتعَذُّرِ الرَّدِّ على الغانِمِين، وإن كانوا انتفعوا به بعدَ الإحرازِ تُردُّ قيمتُهُ إلى المَغْنَم إن كان لم يُقسَم، وإن قُسِمتِ الغنيمةُ فالغنيُّ يَتصدَّقُ بقيمتِهِ، والفقيرُ لا شيءَ عليه لقيام القيمةِ مقامَ الأصل، فأخذ حُكمَه[4].

= التِّبن في المَخالي، لم يرد، وإلَّا فَيُردُّ، ومتى وَجَبَ الرَّدُّ، فإن لم تُقسَم الغنيمةُ، ردَّه إلى المغنم، وإن قُسِمت ردَّه إلى الامام ... إلخ.

(١) فإنَّه إذا دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب مُغيرينَ بِغَير إذنِ الإمامِ، فأخذوا شيئاً فهو لهم، ولا يُخمَّس لأنَّه ليس بغنيمة، إذ الغنيمة هو المأخوذُ قهراً بإذن الإمام، فهو مباح سبقت أيديهم إليه.

(٢) أي: اختصاص الطعام والعلف. وخبر «أن» محذوف، تقديره: الاختصاص حاصل، أو كائن. اهـ بناية.

(٣) أي: إذا جاؤوا بما فَضُلَ من طعامٍ أو عَلَفٍ أخذوا من الغنيمةِ بعد قسمةِ الإمامِ الغنيمةَ في دار الإسلام تصدَّقوا به. عناية.

(٤) أي: أخذت القيمةُ حكمَ الأصل، وإنَّما ذكَّر ضميرَ القيمةِ على تأويل ما يقوم، أو على تأويل المذكور، يعني: لو كان فاضلُ الغنيمةِ الذي كان معه قائماً بعينه، وهو فقيرٌ فقد حلَّ له التَّناولُ منه، فكذا يحلُّ له التَّناول من قيمته؛ لأنَّ الغنيمةَ تقوم مقام الأصل. عناية.

فصل في كيفية القسمة

ويَقسِمُ الإمامُ الغَنيمَةَ، فَيُخرِجُ خُمْسَها ويَقسِمُ الأربَعَةَ الأخماسِ بَيْنَ الغانِمِينَ، ثُمَّ لِلفارِسِ سَهمانِ، وَلِلرَّاجِلِ سَهْمٌ، وقالا: لِلفارِسِ ثَلاثَةُ أسُهُمٍ، ....

(فصل في كيفية القسمة)

قال: (ويَقسِمُ الإمامُ الغَنيمَةَ، فَيُخرِجُ خُمْسَها)؛ لقوله تعالى: ﴿فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾ [الأنفال: ٤١]، استثنى الخُمُسَ، (ويَقسِمُ الأربَعَةَ الأخماسِ بَيْنَ الغانِمِينَ)؛ لأنه ﷺ قَسَمَها بينَ الغانمين[١].

(ثُمَّ لِلفارِسِ سَهمانِ، وَلِلرَّاجِلِ سَهْمٌ) عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، (وقالا: لِلفارِسِ ثَلاثَةُ أسُهُمٍ)، وهو قولُ الشَّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٢]؛ لِما روى ابن عمر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ «أنَّ النَّبيَّ ﷺ أسهَمَ للفارسِ ثلاثةَ أسهُمٍ، ولِلرَّاجل سهماً[٣]»، ولأنَّ الاستحقاقَ بالغَناءِ، وغَناؤُهُ على ثلاثةِ أمثال الرَّاجِلِ؛ لأنَّه لِلكَرِّ والفَرِّ والثَّباتِ، والرَّاجِلُ للثَّباتِ لا غير.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ما روى ابن عباس رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا «أنَّ النَّبيَّ ﷺ أعطى الفارسَ سَهمينِ

---

(١) أخرج الطبراني في الكبير (١٢/ ١٢٤) (١٢٦٦٠) عن ابن عباس قال: كان رسولُ الله ﷺ إذا بعَثَ سرِيَّةً فَغَنِمُوا خمَّسَ الغنيمةَ، فضَرَب ذلك الخُمُسَ في خَمسةٍ، ثمَّ قرأ ﴿وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾ [الأنفال: ٤١] إلى قوله ﴿لِلَّهِ﴾ [الفاتحة: ٢] مفتاح كلام ﴿لِلَّهِ مَا فِي ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَمَا فِي ٱلۡأَرۡضِۗ﴾ [البقرة: ٢٨٤] فجعل سهمَ اللهِ وسهمَ الرَّسولِ واحداً، ﴿وَلِذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ﴾ [الأنفال: ٤١] فجعل هذين السَّهمين قوَّةً في الخيل والسِّلاح، وجعل سهمَ اليتامى والمساكين وابنِ السَّبيل ألَّا يُعطيه غيرَهُم، وجعل الأربعةَ الأسهُمَ الباقيةَ للفرسِ سهمين، ولراكِبِهِ سهمٌ وللرَّاجِلِ سهمٌ.

(٢) قال النووي في الروضة (٥/ ٣٤٠) الكتب العلمية: يُعطى الفارسُ ثلاثةَ أسهم، سَهمينِ لفرسِهِ، وسهماً له، ويُعطى الرَّاجِلُ سهماً. اهـ.

(٣) أخرجه الجماعة إلا النَّسائي، وهو عند البخاري في الجهاد والسير، باب: سهام الفرس (٢٧٠٨)، ومسلم في الجهاد والسير، باب: كيفية قسمة الغنيمة بين الحاضرين (١٧٦٢) عن ابن عمر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا: «أنَّ رسولَ الله ﷺ جعَلَ للفرسِ سَهمينِ ولصاحبِهِ سهماً».

ولا يُسْهِمُ إلَّا لِفَرَسٍ واحدٍ. ....

والرَّاجِلَ سهماً[(١)]» فتعارَضَ فِعلاهُ، فَيُرجعُ إلى قولِهِ، وقد قال ﷺ: «للفارِسِ سهمانِ ولِلرَّاجِلِ سهمٌ[(٢)]»، كيف وقد رُوي عن ابن عمر رضي الله عنهما «أنَّ النَّبيَّ ﷺ قَسَم للفارس سهمين، وللرَّاجل سهماً[(٣)]».

وإذا تعارضت رواياته تُرجَّح روايةُ غيرِهِ، ولأنَّ الكرَّ والفرَّ من جنسٍ واحدٍ، فيكون غَناؤه مِثلَي غَناءِ الرَّاجل، فَيُفضَّل عليه بسهم، ولأنَّه تعذَّر اعتبارُ مقدارِ الزِّيادة لِتعذُّر معرفتِهِ، فَيُدار الحكمُ على سبب ظاهر، وللفارسِ سببانِ النَّفسُ والفرسُ، وللرَّاجل سببٌ واحدٌ، فكان استحقاقُهُ على ضِعْفِهِ.

(ولا يُسْهِمُ إلَّا لِفَرَسٍ واحدٍ) وقال أبو يوسف: يُسهِم لفرسين؛ لِما رُوي أنَّ النَّبيَّ ﷺ أسهَمَ لِفَرسين[(٤)]»، ولأنَّ الواحدَ قد يَعْيا فيحتاجُ إلى الآخَر.

---

(١) قال الزيلعي (٣/ ٤١٦): غريب من حديث ابن عباس.
أخرج أحمد (٣/ ٤٢٠) (١٥٥٤٩)، وأبو داود في الجهاد، باب: فيمن أسهم له سهما (٢٧٣٦) مجمع بن جارية الأنصاري، وكان أحدَ القرَّاءِ الذين قرؤوا القرآن، قال: شَهِدنا الحُديبيةَ مع رسولِ الله ﷺ، فلمَّا انصرَفنا عنها إذا النَّاسِ يَهزُّون الأباعِرَ، فقال بعضُ النَّاس لبعضٍ: ما للنَّاس؟ قالوا: أوحي إلى النَّبيِّ ﷺ فخرَجنا مع النَّاسِ نُوجِفُ، فَوَجدنا النَّبيَّ ﷺ واقفاً على راحلتِهِ عند كُراعِ الغَميم، فلمَّا اجتمَع عليه النَّاسُ قرأ عليهم ﴿إِنَّا فَتَحْنَا لَكَ فَتْحًا مُّبِينًا ①﴾ [الفتح: ١] فقال رجلٌ: يا رسول اللهِ أفتحٌ هو؟ قال: «نعم والذي نفسُ محمَّدٍ بيده إنَّه لَفَتحٌ»، فَقُسِمَت خيبرُ على أهلِ الحديبيةِ، فقَسَمَها رسولُ الله ﷺ على ثمانيةَ عشَرَ سهماً، وكان الجيش ألفاً وخمسمائةٍ، فيهم ثلثمائة فارسٍ، فأعطى الفارسَ سهمينِ وأعطى الرَّاجلَ سهماً.
«يهزون» أي: يُحرِّكون «الأباعر» جمعُ «بعير»، والمعنى: يُحرِّكون ويُسَرِّعون رواحِلَهم.

(٢) قال الزيلعي (٣/ ٤١٧): غريب جداً.

(٣) أخرج الدار قطني في السير برقم (١٩) عن ابن عمر: أنَّ رسول الله ﷺ جَعَلَ للفارسِ سَهمَينِ وللرَّاجِلِ سهماً.

(٤) أخرج الدار قطني في السير برقم (١٦) عن بَشير بن عمرو بن محصن قال: «أسهَمَ لي رسولُ الله ﷺ لفرَسَيَّ أربعةَ أسهُمٍ ولي سهماً، فأخذتُ خمسةَ أسهُمٍ».

والبَراذِينُ والعِتاقُ سَواءٌ. ومَنْ دَخَلَ دارَ الحَرْبِ فارِساً فَنَفَقَ فَرَسُهُ استَحَقَّ سَهْمَ الفُرْسانِ، ومَنْ دَخَلَ راجِلاً فاشْتَرَى فَرَساً استَحَقَّ سَهْمَ راجِلٍ. ....

ولهما: أنَّ البَراءَ بنَ أوس قاد فَرَسَين، فلم يُسهِمْ رسولُ الله ﷺ إلَّا لِفَرس واحدٍ[1]، ولأنَّ القتالَ لا يَتحقَّقُ بِفَرَسين دُفعةً واحدةً، فلا يكونُ السَّببُ الظَّاهرُ مُفضِياً إلى القتالِ عليهما فَيُسهِم لواحدٍ، ولهذا لا يُسهِم لثلاثةِ أفراس، وما رواه مَحمولٌ على التَّنفيل كما أعطى سَلَمة بن الأكوع سهمين وهو راجل[2].

(والبَرَاذِينُ والعِتاقُ سَواءٌ)، لأنَّ الإرهابَ مُضافٌ إلى جنسِ الخيلِ في الكتابِ، قال الله تعالى: ﴿وَمِن رِّبَاطِ ٱلۡخَيۡلِ تُرۡهِبُونَ بِهِۦ عَدُوَّ ٱللَّهِ وَعَدُوَّكُمۡ﴾ [الأنفال: ٦٠]، واسمُ الخيلِ يَنطلِقُ على البَراذين والعِرابِ والهَجِين والمَقرِف[3] إطلاقاً واحداً، ولأنَّ العربيَّ إن كان في الطَّلب والهَرَب أقوى فالبِرذَونُ أصبَرُ وألين عَطْفاً، ففي كلِّ واحدٍ منهما مَنفعَةٌ مُعتبرَةٌ فاستويا.

(ومَنْ دَخَلَ دارَ الحَرْبِ فارِساً فَنفَقَ فَرَسُهُ استَحَقَّ سَهْمَ الفُرْسانِ، ومَنْ دَخَلَ راجِلاً فاشْتَرَى فَرَساً استَحَقَّ سَهْمَ راجِلٍ)، وجوابُ الشَّافعيِّ على عَكسِه في

= وأخرج عبد الراق في الجهاد، باب: السهام للخيل (٩٣٢٤) عن مكحولٍ أنَّ الزُّبير حضَرَ خيبرَ بِفَرَسين، فأعطاه النَّبيُّ ﷺ خمسةَ أسهم.

(١) قال الزيلعي (٣/ ٤١٩): غريب، بل جاء عنه عكسُهُ، كما ذكره ابن مندة في كتاب الصَّحابة، في ترجمته، فقال: عن البراء بن أوس أنَّه قادَ مع النَّبيِّ ﷺ فَرَسَين، فضَرَبَ ﷺ له خمسةَ أسهُمٍ.

(٢) أخرجه مسلم في الجهاد والسير، باب: غزوة ذي قرد وغيرها (١٨٢٧) عن سلمة بن الأكوع ضمن حديث طويل جاء فيه: ثمَّ أعطاني رسولُ الله ﷺ سهمَين، سَهْمَ الفارسِ وسَهْمَ الرَّاجلِ، فَجَمَعَهُما لي جميعاً، ... الحديث.

(٣) «البراذين» جمع «بِرذَون» وهو فرس العجم، و«العِتاق» الكرائم، يقال: عِتاقُ الخيل والطَّير لكرائمهما، والعِراب خِلافُ فَرَس العَجَم. و«الهَجِين» ما يكون أبوه من الكَوادِن وأُمُّه عربيَّةٌ، والكَوْدَن البِرذَون ويُشبَّه به البليد، والمَقرِف عكسُ الهَجين. عناية.

الفَصْلَين[1]، وهكذا روى ابنُ المبارَك عن أبي حنيفة في الفَصْل الثَّاني أنَّه يَستحِقُّ سهمَ الفُرْسان.

والحاصلُ: أنَّ المُعتَبَر عندنا حالةُ المُجاوزةِ، وعندَهُ حالةُ انقضاءِ الحَربِ.

له: أنَّ السَّببَ هو القَهرُ والقتالُ، فَيُعتَبَرُ حالُ الشَّخصِ عنده، والمُجاوزَةُ وسيلةٌ إلى السَّببِ كالخُروجِ من البيتِ، وتعليقُ الأحكام بالقتالِ يدلُّ على إمكانِ الوقوفِ عليه، ولو تعذَّر أو تَعَسَّر تَعلَّقَ بِشُهودِ الوَقعةِ؛ لأنَّه أقرب إلى القتال.

ولنا: أنَّ المُجاوزَةَ نَفْسَها قتالٌ؛ لأنَّه يَلحَقُهم الخَوفُ بها، والحالُ بعدها[2] حالةُ الدَّوام[3]، ولا مُعتَبَر بها[4]؛ ولأنَّ الوقوفَ على حقيقة القتال مُتعسِّر؛ وكذا على شهودِ الوقعةِ؛ لأنَّه حال التقاءِ الصَّفَين، فَتُقام المُجاوزَةُ مُقامَه، إذْ هو السَّببُ المُفضي إليه ظاهراً إذا كان على قَصدِ القتال فَيُعتَبَر حالُ الشَّخص بحالةِ المُجاوزة فارساً كان أو راجلاً .

ولو دَخَل فارساً وقاتلَ راجِلاً لِضِيقِ المكانِ، يَستحِقُّ سهمَ الفُرسانِ بالاتِّفاق، ولو دَخَل فارساً ثمَّ باع فَرَسَه أو وَهَب أو أَجَّرَ أو رَهَن، ففي رواية الحسنِ عن أبي حنيفة يَستحِقُّ سَهْمَ الفُرسانِ اعتباراً لِلمُجاوزة. وفي ظاهر الرِّوايةِ يَستحِقُّ سَهْمَ الرَّجَّالةِ؛ لأنَّ الإقدامَ على هذه التَّصرُّفات يدلُّ على أنَّه لم يكن من قَصْدِه بالمُجاوزةِ القتالُ فارساً.

---

(١) انظر قول النووي في الروضة ص (٥٥٣) ص (٣).
وقال في (٥/ ٣٤٢): لو دخل دارَ الحربِ راجلاً، ثمَّ حصَّل فرساً ببيعٍ أو إعارةٍ أو غيرهما، وحضَرَ به الحرب، أُسهِم له. اهـ.

(٢) أي: بعدَ المجاوزةِ.

(٣) أي: دوام القتال.

(٤) أي: بحالة الدَّوامِ.

ولا يُسهِمُ لِمَملُوكٍ ولا امرأةٍ ولا صَبيٍّ ولا ذِمِّيٍّ، ولكن يَرْضَخُ لَهُم على حَسَبِ ما يَرَى الإمامُ. ....

ولو باعَهُ بعدَ الفَراغِ لم يَسقُطْ سَهمُ الفُرسانِ، وكذا إذا باع في حالةِ القتالِ عند البعض. والأصحُّ أنّه يسقُطُ؛ لأنَّ البيعَ يدلُّ على أنَّ غرضَهُ التِّجارةُ فيه، إلَّا أنَّه يَنتظِرُ عِزَّته.

(ولا يُسهِمُ لِمَملُوكٍ ولا امرأةٍ ولا صَبيٍّ ولا ذِمِّيٍّ، ولكن يَرْضَخُ لَهُم على حَسَبِ ما يَرَى الإمامُ)؛ لِما روي أنَّه ﷺ كان لا يُسهِمُ للنِّساءِ والصِّبيانِ والعبيدِ، وكان يَرضَخ لهم[1]، ولمَّا استعان ﷺ باليهود على اليهود لم يُعطِهِم شيئاً من الغنيمة[2]، يعني: أنَّه لم يُسهِم لهم، ولأنَّ الجِهادَ عبادةٌ، والذِّمِّيُّ ليس من أهل العبادة، والصَّبيُّ والمرأةُ عاجزانِ عنه ولهذا لم يَلْحَقْهما فَرضُه، والعبدُ لا يُمكِّنُه المولى وله مَنعُه، إلَّا أنَّه يُرضَخ لهم تحريضاً على القتال مع إظهارِ انحطاط رُتبتِهِم، والمُكاتَبُ بمنزلةِ العبدِ لِقيام الرِّقِّ وتَوهُّم عَجزِه، فَيمنعُهُ المَولَى عن الخروج إلى القتال.

---

(١) أخرج مسلم في الجهاد والسير، باب: النساء الغازيات يرضخ لهن ولا يسهم والنهي عن قتل صبيان أهل الحرب (١٨١٢)، وأبو داود - واللفظ له - في الجهاد، باب: في المرأة والعبد يُحذَيان من الغنيمة (٢٧٢٨) عن يزيد بن هرمز قال: كتَبَ نجدَةُ الحَرُوريُّ إلى ابن عباس يسألُهُ عن النِّساءِ هل كُنَّ يَشهَدْنَ الحربَ مع رسولِ الله ﷺ؟ وهل كان يَضرِبُ لهنَّ بِسَهمٍ؟ قال: فأنا كتبتُ كتابَ ابنِ عباس إلى نَجْدَةَ، قد كُنَّ يَحضُرْنَ الحربَ مع رسولِ الله ﷺ، فأمَّا أن يَضرِبَ لهنَّ بِسَهمٍ فلا، وقد كان يَرضَخُ لهنَّ.

(٢) قال الزيلعي (٣/ ٤٢٢): روى البيهقي في كتاب المعرفة قال: أخبرنا أبو عبد الله الحافظ، وأبو سعيد قالا: ثنا أبو العباس، أنا الربيع، قال: قال الشَّافعيُّ فيما حكى عن أبي يوسف: قال: أخبرنا الحسنُ بنُ عمارة عن الحَكَم عن مقسم عن ابن عبَّاس، قال: استعانَ رسولُ ﷺ بيهودِ قَينُقاع، فرَضَخَ لهم، ولم يُسهِمْ لهم. اهـ، قال البيهقي: تفرَّد به الحسنُ بنُ عمارة، وهو متروك. اهـ انظر تتمةَ ما قاله الزيلعي في نصب الراية.

وأمَّا الخُمْسُ فَيُقسَمُ على ثلاثةِ أسهُم: سَهمٌ لِليتامَى، وسَهمٌ لِلمَساكينِ، وسَهمٌ لابنِ السَّبيلِ، يَدخُلُ فُقراءُ ذَوِي القُرْبى فيهم ويُقَدَّمُونَ، ولا يُدفَعُ إلى أغنيائهم، ......

ثمَّ العبدُ إنَّما يُرضَخ له إذا قاتلَ؛ لأنَّه دخل لِخدمةِ المولى فصار كالتَّاجرِ.

والمرأةُ يُرضَخُ لها إذا كانت تُداوي الجرحَى، وتقومُ على المرضى لأنَّها عاجزةٌ عن حقيقة القتال، فَيُقام هذا النَّوعُ من الإعانة مُقامَ القتال، بخلاف العبد؛ لأنَّه قادرٌ على حقيقة القتال.

والذِّمِّيُّ إنَّما يُرضَخ له إذا قاتَلَ أو دلَّ على الطَّريقِ ولم يُقاتل؛ لأنَّ فيه منفعةً للمسلمين، إلَّا أنه يُزادُ على السَّهمِ في الدِّلالةِ إذا كانت فيه منفعةٌ عظيمةٌ، ولا يَبلُغ به السَّهمَ إذا قاتل؛ لأنَّه جهاد، والأوَّلُ ليس من عملِهِ، ولا يسوَّى بينه وبينَ المسلم في حكم الجهاد.

(وأمَّا الخُمْسُ فَيُقسَمُ على ثلاثةِ أسهُم: سَهمٌ لِليتامَى، وسَهمٌ لِلمَساكينِ، وسَهمٌ لابنِ السَّبيلِ، يَدخُلُ فُقراءُ ذَوِي القُرْبى فيهم ويُقَدَّمُونَ، ولا يُدفَعُ إلى أغنيائهم).

وقال الشَّافعيُّ: لهم خمسُ الخُمسِ يستوي فيه غنيُّهُم وفقيرُهُم، ويُقسَمُ بينهم للذَّكَرِ مثلُ حظِّ الأنثيين، ويكون لبني هاشمٍ وبني المُطَّلب دونَ غيرِهم[1]؛ لقوله

---

(١) قال النووي في الروضة (٥/ ٣١٧) وما بعدها، الكتب العلمية: يقسم الخُمسُ على خمسةِ أسهُم متساويةٍ:
أحدها: السَّهمُ المُضافُ إلى الله ﷻ وإلى رسول الله ﷺ، وكان لرسولِ الله ﷺ، يُنفِقُ منه على نفسه وأهله ومصالحِهِ، وما فضَلَ جعلَه في السِّلاحِ عدَّةً في سبيل الله تعالى وفي سائر المصالح، وأمَّا بعده ﷺ فَيُصرف هذا السَّهمُ في مصالح المسلمين، كسَدِّ الثُّغور، وعمارةِ الحصونِ والقناطرِ والمساجدِ، وأرزاقِ القضاةِ والأئمَّة، ويُقدَّمُ الأهمُّ فالأهمُّ.
السَّهم الثاني: لذوي القربى، وهم بنو هاشم، وبنو المطلب، يَشترِكُ فيه فقيرُهُم وغنيُّهم، وكبيرُهُم وصغيرُهُم، وذكَرُهُم وأنثاهم، بشرط كونِ الانتساب بالآباء، فلا يُعطى أولادُ البنات، ولا يُفضَّلُ أحدٌ منهم على أحد إلَّا بالذُّكورة، فللذَّكر سهمان، وللأنثى سهم. وقال المزني: يسوَّى بينهما.
السَّهم الثالث: لليتامى، واليتيم: الصَّغيرُ الذي لا أب له، قيل: ولا جد. ويُشترط فيه الفقرُ على المشهور. =

تعالى: ﴿وَلِذِى ٱلۡقُرۡبَىٰ﴾ [الأنفال: ٤١] من غير فصلٍ بين الغنيِّ والفقير.

ولنا: أنَّ الخلفاءَ الأربعةَ الرَّاشدينَ قَسَمُوه على ثلاثةِ أسهُم على نحو ما قلناه، وكفى بهم قُدوةٌ. وقال ﷺ: «يا معشرَ بني هاشمٍ، إنَّ اللهَ تعالى كَرِه لكم غُسالةَ النَّاس وأوساخَهُم وعَوَّضَكم منها بِخُمُس الخُمُس[(١)]»، والعِوَضُ إنَّما يَثْبُتُ في حقِّ مَن يَثْبت في حقِّه المُعوَّض[(٢)]، وهم الفُقراءُ[(٣)].

والنَّبيُّ[(٤)] ﷺ أعطاهم لِلنُّصرة، ألا ترى أنَّه ﷺ عَلَّل فقال: «إنَّهم لن يزالوا معي هكذا في الجاهليَّة والإسلام»، وشبَّك بين أصابعه[(٥)]، دلَّ على أنَّ المرادَ من النَّصر قُرْبُ النُّصرة لا قربُ القرابةِ.

= السَّهمُ الرَّابع والخامس: المساكينُ وابنُ السَّبيل، وقد سبق بيانُهُما في الزَّكاة. اهـ.

(١) تقدَّم في الزَّكاة، انظر (١/ ٥١٤).

(٢) يعني: أنَّ المُعوَّض - وهو الزَّكاة - لا يجوزُ دَفعُها إلى الأغنياء، فكذلك يجب أن يكون عِوَضُ الزَّكاة - وهو خُمُس الغنائم - لا يُدفَعُ إليهم لأنَّ العِوَض إنَّما يَثبُت في حقِّ من فات عنه المُعوَّض، وإلَّا لا يكون عِوَضاً لذلك المُعوَّض. عناية.

(٣) الضمير يرجع إلى كلمة «مَن» في قوله: «من يثبت». بناية.

(٤) هذا جواب لسؤال تقديره: لو كان ما ذكرتم صحيحاً بجميع مقدِّماته لَمَا أعطاهم النَّبيُّ ﷺ، وقد ثبت أنَّه ﷺ أعطى بني هاشم وبني المطلب. عناية.

(٥) أخرج أبو داود في الخراج والفيء والإمارة، باب: في بيان مواضع قسم الخمس وسهم ذي القربى (٢٩٨٠)، ابن ماجه في الجهاد، باب: قسمة الخمس (٢٨٨١)، والنسائي في الصغرى - واللفظ له - كتاب قسم الفيء (٤١٣٧) عن جُبير بن مُطعِم قال: لمَّا قَسَم رسولُ الله ﷺ سَهْمَ ذي القُربى بينَ بني هاشم وبني المُطَّلب، أتيتُه أنا وعثمان بنُ عفَّان فقلنا: يا رسولَ الله هؤلاءِ بنو هاشم لا نُنكِرُ فَضْلَهم لِمَكانِكَ الذي جعلَكَ اللهُ به منهم، أرأيتَ بني المُطَّلِب أعطيتَهُم ومَنَعْتَنا، فإنَّما نحن وهم منكَ بمنزلةٍ، فقال رسولُ الله ﷺ: «إنَّهم لم يُفارقوني في جاهليَّةٍ ولا إسلامٍ، إنَّما بنو هاشم وبنو المطلب شيءٌ واحدٌ» وشبَّكَ بين أصابعه

وأخرجه البخاري في الخمس، باب: ومن الدليل على أن الخمس للإمام وأنه يعطي بعض قرابته دون بعض (٢٩٧١)، دون قوله: «وشبك بين أصابعه».

فأمَّا ذِكْرُ اللهِ تعالى في الخُمُسِ فإنَّهُ لافْتِتاحِ الكلامِ تَبرُّكاً بِاسمِه. وسَهْمُ النَّبيِّ ﷺ سَقَطَ بِمَوتِهِ كما سَقَطَ الصَّفِيُّ، وسَهْمُ ذَوِي القُرْبَى كانوا يَسْتَحقُّونَهُ في زَمَنِ النَّبيِّ ﷺ بالنُّصرَةِ وبَعْدَهُ بِالفَقْرِ. ....

قال: (فأمَّا ذِكْرُ اللهِ تعالى في الخُمُسِ فإنَّهُ لافْتِتاحِ الكلامِ تَبرُّكاً بِاسمِهِ[1]. وسَهْمُ النَّبيِّ ﷺ سَقَطَ بِمَوتِهِ كما سَقَطَ الصَّفِيُّ)؛ لأنَّه ﷺ كان يَستحقُّه برسالتِهِ، ولا رسولَ بعدَهُ. والصَّفِيُّ شيءٌ كان ﷺ يَصطفيه لنفسِهِ من الغنيمةِ، مِثلُ دِرْعٍ أو سيفٍ أو جاريةٍ[2].

وقال الشَّافعيُّ[3]: يُصرَفُ سهمُ الرَّسولِ إلى الخليفةِ، والحُجَّة عليه ما قدَّمناه.

(وسَهْمُ ذَوِي القُرْبَى كانوا يَسْتَحقُّونَهُ في زَمَنِ النَّبيِّ ﷺ بالنُّصرَةِ)؛ لِما روينا، قال: (وبَعْدَهُ بِالفَقْرِ)، قال العبد الضَّعيف عَصَمَه اللهُ: هذا الذي ذكَرَه قولُ الكرخيِّ، وقال الطَّحاويُّ: سَهمُ الفقيرِ منهم ساقطٌ أيضاً لِما روينا من

---

(١) قال الزيلعي (٣/ ٤٢٦): روى الطَّبري في تفسيره، عن ابن عباس أنَّه قرأ ﴿وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾ [الأنفال: ٤١]، ثمَّ قال: ﴿فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾ [الأنفال: ٤١]، مِفتاحُ كَلامٍ، ولله ما في السموات وما في الأرض، وكان رسولُ الله ﷺ إذا بعَثَ سريَّةً فغنِمُوا خَمَّسَ الغنيمةَ، فضَرَبَ ذلك الخُمسَ في خَمسةٍ.

وأخرجه الحاكم (٢/ ١٤٠) (٢٥٨٥) عن الحسن بن محمد بن علي بن الحنفية.

(٢) أخرج أبو داود في الخراج والفيء والإمارة، باب: ما جاء في سهم الصَّفي (٢٩٩١) عن عامر الشَّعبيِّ قال: «كان للنَّبيِّ ﷺ سَهْمٌ يُدعَى الصَّفيُّ، إن شاءَ عبداً، وإن شاء أَمَةً، وإن شاء فَرَساً، يَختارُهُ قبلَ الخُمُس».

وأخرج أيضا برقم (٢٩٩٤)، والحاكم (٣/ ٤٢) (٤٣٤٥) عن عائشة رضي الله عنها قالت: «كانت صفيَّةُ رضي الله عنها من الصَّفيِّ» وقال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين و لم يخرجاه.

(٣) انظر ص (٥٦٥) ت (١).

قال النووي في الروضة (٥/ ٣١٧): وحكى في الوسيط وجهاً: أنَّ هذا السَّهم يُصرَف إلى الإمام، لأنَّه خليفة رسول الله ﷺ، وهذا النَّقل شاذٌّ مردودٌ.

وإذا دَخَلَ الواحِدُ أو الاثنانِ دارَ الحَرْبِ مُغِيرِينَ بِغَيرِ إذنِ الإمامِ، فَأَخَذُوا شيئاً لم يُخَمَّسْ. فإنْ دَخَلَتْ جَماعَةٌ لها مَنَعَةٌ، فَأَخَذُوا شيئاً خُمِّسَ وإنْ لَمْ يَأْذَنْ لهمُ الإمامُ.

الإجماع[1]، ولأنَّ فيه معنى الصَّدَقةِ نظراً إلى المَصرَفِ، فَيُحرَمُه كما حُرِمَ العُمالَةَ[2].

وجهُ الأوَّل - وقيل: هو الأصح - ما روي أنَّ عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أعطى الفقراءَ منهم[3]، والإجماعُ انعقَدَ على سُقوطِ حقِّ الأغنياءِ، أمَّا فقراؤهم فَيدخلونَ في الأصنافِ الثَّلاثةِ.

(وإذا دَخَلَ الواحِدُ أو الاثنانِ دارَ الحَرْبِ مُغِيرِينَ بِغَيرِ إذنِ الإمامِ، فَأَخَذُوا شيئاً لم يُخَمَّسْ)؛ لأنَّ الغنيمةَ هو المأخوذُ قهراً وغلَبَةً لا اختلاساً وسرقةً، والخُمُسُ وظيفَتُها.

ولو دخل الواحدُ أو الاثنانِ بإذنِ الإمامِ ففيه روايتان، والمشهورُ أنَّه يُخمَّس؛ لأنَّه لمَّا أذِنَ لهم الإمامُ فقد التَزَم نُصرَتَهم بالإمداد، فصار كالمَنَعَة.

(فإنْ دَخَلَتْ جَماعَةٌ لها مَنَعَةٌ، فَأَخَذُوا شيئاً خُمِّسَ وإنْ لَمْ يَأْذَنْ لهمُ الإمامُ)؛ لأنَّه مأخوذٌ قهراً وغلبَةً فكان غنيمةً، ولأنَّه يجبُ على الإمام أن يَنصُرَهم، إذ لو خَذَلَهم كان فيه وَهَنُ المسلمين، بخلاف الواحدِ والاثنينِ؛ لأنَّه لا يجبُ عليه نُصرَتُهم.

---

(١) يعني: قوله فيما تقدَّم: «ولنا أنَّ الخلفاء الأربعة الرَّاشدين رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ قَسَموه على ثلاثة أسهم»، ولا يُظَنُّ بهم أنَّه خَفِي عليهم النَّصُّ، أو مَنَعُوا حقَّ ذوي القُربى، فكان إجماعُهُم دالاً على أنه لم يَبقَ استحقاقٌ لأغنيائهم وفقرائهم. عناية.

(٢) أي: كما حُرِمَ الهاشميُّ العاملُ على الصَّدقةِ العُمالَةَ، وهو ما يُعطى على عَملِهِ.

(٣) أخرج أبو داود في الخراج والفيء والإمارة، باب: في بيان مواضع قسم الخمس وسهم ذي القربى (٢٩٧٩) عن جُبير بنِ مُطعم أنَّ رسولَ الله ﷺ لم يَقسِمْ لِبَني عبدِ شَمسٍ ولا لِبَني نَوفَلٍ من الخُمُسِ شيئاً كما قَسَم لِبَني هاشم وبني المُطَّلب. قال: وكان أبو بكر يَقسِمُ الخُمُسَ نحوَ قَسمِ رسولِ الله ﷺ، غيرَ أنَّه لم يكن يُعطي قُربَى رسولِ الله ﷺ كما كان يُعطيهم رسولُ الله ﷺ، وكان عمرُ يُعطِيهم ومَنْ كان بعدَهُ منه.

فصل في التنفيل

ولا بأسَ بِأنْ يُنَفِّلَ الإمامُ في حالِ القتالِ، ويُحَرِّضَ بِهِ على القتال. فيقولَ: «مَنْ قَتَلَ قَتيلاً فَلَهُ سَلَبُهُ»، ويقولَ لِلسَّرِيَّةِ: «قدْ جَعَلْتُ لكمُ الرُّبُعَ بعدَ الخُمُسِ»، ولا يُنَفِّلُ بعدَ إحرازِ الغَنيمَةِ بِدارِ الإسلامِ إلَّا مِنَ الخُمُسِ. وإذا لم يَجعَلِ السَّلَبَ لِلقاتِلِ، فَهُوَ مِنْ جُملَةِ الغَنيمَةِ، والقاتلُ وغَيرُهُ في ذلك سواءٌ. ....

(فصل في التنفيل[1])

قال: (ولا بأسَ بِأنْ يُنَفِّلَ الإمامُ في حالِ القتالِ، ويُحَرِّضَ بِهِ على القتال. فيقولَ: «مَنْ قَتَلَ قَتيلاً فَلَهُ سَلَبُهُ»، ويقولَ لِلسَّرِيَّةِ: «قدْ جَعَلْتُ لكمُ الرُّبُعَ بعد الخُمُسِ)، معناه: بعدما رَفَعَ الخُمُسَ؛ لأنَّ التَّحريضَ مندوبٌ إليه، قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ حَرِّضِ ٱلْمُؤْمِنِينَ عَلَى ٱلْقِتَالِ﴾ [الأنفال: ٦٥]، وهذا نوعُ تحريضٍ.

ثمَّ قد يكون التَّنفيلُ بما ذُكِر وقد يكونُ بغيره، إلَّا أنَّه لا ينبغي للإمام أن يُنفِّلَ بكلِّ المأخوذِ؛ لأنَّ فيه إبطالَ حقِّ الكل، فإنْ فَعَلَه مع السَّرِيَّةِ جاز؛ لأنَّ التَّصرُّفَ إليه، وقد تكون المصلحةُ فيه.

(ولا يُنَفِّلُ بعدَ إحرازِ الغَنيمَةِ بِدارِ الإسلام)؛ لأنَّ حقَّ الغيرِ قد تأكَّد فيه بالإحراز، قال: (إلَّا مِنَ الخُمُسِ)؛ لأنَّه لا حقَّ للغانمين في الخُمُس.

(وإذا لم يَجعَلِ السَّلَبَ لِلقاتِلِ، فَهُوَ مِنْ جُملَةِ الغَنيمَةِ، والقاتلُ وغَيرُهُ في ذلك سواءٌ).

وقال الشَّافعيُّ[2]: السَّلَبُ للقاتلِ إذا كان من أهلِ أن يُسهَم له وقد قَتَلَه مُقبلاً؛

---

(١) التَّنفيلُ نوعٌ من التَّصرُّف في الغنائم، يقال: «نَفَلَ الإمامُ الغازيَ» أي: أعطاه زائداً على سَهمِه.

(٢) قال الماوردي في الحاوي (١٤/ ١٥٥) الكتب العلمية: يبدأ الإمام من الغنائم، وأوَّلُ ما يبدأ فيها بأسلاب القتلى، فيدفعُ سَلَبَ كلِّ قتيل إلى قاتله، سواء شرَطَه الإمامُ أم لم يشرطه.
وقال النووي في الروضة (٥/ ٣٣١) الكتب العلمية: سببُ استحقاقِ السَّلبِ، قال في الوسيط في ضبطه: هو ركوبُ الغَرَرِ في قهرِ كافرٍ مُقبلٍ على القتالِ بما يكفي شرَّه بالكلِّيَّة، وفيه قيودٌ. =

لقوله ﷺ: «مَن قَتَلَ قتيلاً فلَهُ سَلَبُهُ[1]»، والظَّاهرُ أنَّه[2] نَصْبُ شَرعٍ[3] لأنَّه بُعِثَ له، ولأنَّ القاتلَ مُقبِلاً أكثَرُ غِناءً[4]، فيختَصُّ بسَلَبِه إظهاراً للتَّفاوت بينه وبين غيره[5].

ولنا: أنَّه مأخوذٌ بقوَّةِ الجيشِ فيكون غنيمةً، فيُقسَم قِسمةَ الغنائم كما نَطَقَ به النَّصُّ، وقال ﷺ لِحَبيب بن أبي سلمة: «ليس لك مِنْ سَلَبِ قَتيلِكَ إلَّا ما طابَتْ به نفسُ إمامِكَ[6]».

= أحدها: ركوبُ الغَرَر، فلو رَمَى من حصنٍ أو من وراءِ الصَّفِّ كافراً، وقتَلَه، لم يَستحقَّ سلَبَه، وكذا لو رَمَى من صفِّ المسلمين إلى صفِّ الكفَّار، فقَتَل رجلاً.

القيد الثاني: إقبالُ الكافر على القتال.

القيد الثالث: قهرُهُ بما يكفي شَرَّه بالكلِّيَّة بِقَتل، أو إثخانٍ، أو إزالةِ امتناعٍ، بأن يعميه، أو يقطع يديه ورجليه، ولا يُلحَقُ به قطع يد أو رجل. اهـ.

(١) أخرجه الجماعةُ إلَّا النسائي، وهو عند البخاري في الخمس، باب: من لم يخمس الأسلاب ومن قتل قتيلا فله سلبه (٢٩٧٣)، ومسلم في الجهاد والسير، باب: استحقاق القاتل سلب القتيل (١٧٥١) عن أبي قتادة رضي الله عنه قال: خرجنا مع رسول الله ﷺ عام حُنَين فلمَّا التقينا كانت للمسلمين جَولةٌ، فرأيتُ رجلاً من المشركين علا رجلاً من المسلمين، فاستَدَرتُ حتَّى أتيتُهُ من ورائِهِ حتَّى ضربتُهُ بالسَّيفِ على حَبلِ عاتِقِهِ، فأقبَلَ عليَّ فضمَّني ضمَّةً وجدتُ منها ريحَ الموتِ، ثمَّ أدركَه الموتُ فأرسَلَني، فلَحقتُ عمرَ بنَ الخطَّابِ فقلت: ما بال النَّاس؟ قال: أمرُ اللهِ، ثمَّ إنَّ النَّاسَ رَجَعوا وجلس النَّبيُّ ﷺ فقال: «مَن قَتَل قتيلاً له عليه بيِّنةٌ فله سلَبُهُ» ... الحديث.

(٢) أي: الحديث الذي استدلَّ به الشافعيُّ.

(٣) أي: كما في قولِهِ ﷺ: «من بدَّل دينه فاقتلوه»، فيكونُ السَّلَبُ للقاتلِ سواءٌ شرَطَه الإمامُ أو لم يشترطه. بناية.

(٤) أي: كفاية في الجهاد. بناية.

(٥) أي: لإظهارِ التَّفاوتِ بين قاتلِ الكافرِ المُقبِلِ وبينَ قاتِلِ الكافرِ المُدبِرِ. بناية.

(٦) قال الزيلعي (٣/ ٤٣٠): هكذا وقع في الهداية «حبيب بن أبي سلمة»، والصَّواب «حبيبُ بن مسلَمَة»، والحديث أخرجه الطبراني في الأوسط (٧/ ٢٣) (٦٧٩٣) عن جُنادةَ بن أبي أميَّة قال: نزلنا دابِقَ وعلينا أبو عبيدة بن الجراح، فبلَغَ حبيبُ بنُ مَسلمَةَ أنَّ صاحبَ قُبرس خرج يريد بطريق أذربيجان ومعه زُمرُّد وياقوت ولؤلؤ وذهب وديباج، فخرج في خيلٍ فقتَلَه وجاء بما معه، فأراد أبو عبيدة أن يُخمِّسَه فقال حبيب: لا تحرمني رِزقاً رَزَقنيه اللهُ؛ فإنِّي سمعتُ رسولَ الله ﷺ جعَلَ السَّلَبَ للقاتِلِ، فقال معاذ: مهلاً يا حبيبُ، فإنِّي سمعتُ رسولَ الله ﷺ يقول: «إنَّما للمرءِ ما طابتْ به =

والسَّلَبُ: ما على المَقتُولِ مِنْ ثِيابِهِ وَسَلاحِهِ ومَرْكَبِهِ، وكذا ما كانَ على مَركَبِهِ مِنَ السَّرْجِ والآلَةِ، وكذا ما مَعَهُ على الدَّابَّةِ مِنْ مالِهِ في حَقِيبَتِهِ أو على وَسَطِهِ، وما عَدَا ذلكَ فَلَيسَ بِسَلَبٍ.

وما رواه يَحتمِلُ نَصبَ الشَّرعِ ويَحتمِلُ التَّنفيلَ، فَنَحمِلُه على الثَّاني لِما رويناه، وزيادةُ الغِناءِ لا تُعتَبَرُ في جنسٍ واحد، كما ذكرناه[1].

(والسَّلَبُ: ما على المَقتُولِ مِنْ ثِيابِهِ وَسَلاحِهِ ومَرْكَبِهِ، وكذا ما كانَ على مَركَبِهِ مِنَ السَّرْجِ والآلَةِ، وكذا ما مَعَهُ على الدَّابَّةِ مِنْ مالِهِ في حَقِيبَتِهِ أو على وَسَطِهِ، وما عَدَا ذلكَ فَلَيسَ بِسَلَبٍ)، وما كان معَ غُلامِهِ على دابَّةٍ أخرى فليس بِسَلَبِه.

= نفسُ إمامِهِ». وهو معلول بعمرو بن واقد.

أخرج البخاري في الخمس، باب: من لم يخمس الأسلاب ومن قتل قتيلا فله سلبه من غير أن يخمس وحكم الإمام فيه (٢٩٧٢)، ومسلم في الجهاد والسير، باب: استحقاق القاتل سلب القتيل (١٧٥٢) عن عبد الرحمن بن عوف قال: بينا أنا واقفٌ في الصَّفِّ يومَ بدرٍ، فنَظَرتُ عن يَميني وعن شمالي فإذا أنا بِغُلامَينِ من الأنصارِ، حديثةٍ أسنانُهما، تَمنَّيتُ أن أكون بينَ أضلَعَ منهما، فغَمَزني أحدُهما فقال: يا عمِّ هل تَعرِفُ أبا جهل؟ قلت: نعم، ما حاجتُكَ إليه يا ابنَ أخي؟ قال: أُخبِرتُ أنَّه يَسُبُّ رسولَ الله ﷺ، والذي نفسي بيدِهِ لئن رأيتُهُ لا يُفارِقُ سوادي سوادَهُ حتَّى يموتَ الأعجَلُ مِنَّا، فتَعجَّبتُ لذلك، فغَمَزني الآخَرُ فقال لي مِثلَها، فلم أنشَبْ أن نظرتُ إلى أبي جهلٍ يَجولُ في النَّاس، قلت: ألا إنَّ هذا صاحِبَكما الذي سألتُماني، فابتَدَراه بِسَيفَيهِما فضرباه حتَّى قتلاه، ثمَّ انصرفا إلى رسول الله ﷺ فأخبراه، فقال: «أيُّكما قتَلَه؟»، قال: كلُّ واحدٍ منهما أنا قتلتُهُ، فقال: «هل مَسحتُما سَيفَيكما؟»، قالا: لا، فنَظَر في السَّيفَين فقال: «كلاكُما قتَلَه، سلَبُهُ لِمُعاذِ بنِ عَمرو بنِ الجَموح»، وكانا مُعاذَ بنَ عَفراء ومعاذَ بنَ عَمرو بنِ الجَموح.

وجهُ الدَّليل: أنَّ السَّلَب لو كان للقاتل لَقَضى به بينهما، وكونُه ﷺ دفعَه إلى أحدِهما دليلٌ على أنَّ الأمر فيه مُفوَّض إلى الإمام.

(١) يعني: ما قدَّمه في أوَّل فصلِ كيفيَّة القسمة، من أنَّه تعذَّر اعتبارُ مقدارِ الزِّيادةِ بل نفسُ الزِّيادة؛ لأنَّه يحتاجُ إلى شاهدٍ بأنَّ إغناءَ هذا في هذا الحربِ أكثَرُ من هذا، ولا يكفي زيادةُ شُهرةِ هذا دونَ ذلك؛ إذ لا بُعدَ أن يَتَّفق إغناءٌ من غيرِ المَشهورِ في وقتٍ أكثَرَ من المَشهورِ. أو يُشيرُ إلى قوله: «لأنَّ الكرَّ والفرَّ من جنس واحد». فتح.

ثمَّ حُكمُ التَّنفيلِ قَطعَ حقَّ الباقين، فأمَّا المِلكُ فإنَّما يَثبُتُ بعدَ الإحرازِ بدارِ الإسلامِ؛ لِما مرَّ مِنْ قبلُ[1]، حتَّى لو قال الإمام: «مَن أصابَ جاريةً فهي له» فأصابها مُسلِمٌ واستبرأها لم يَحِلَّ له وَطؤُها، وكذا لا يَبيعُها، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: له أن يطأها ويَبيعها، لأنَّ التَّنفيلَ يَثبُتُ به المِلكُ عنده كما يَثبُت بالقسمة في دار الحرب وبالشِّراء من الحربيِّ.

ووجوبُ الضَّمانِ بالإتلاف، قد قيل: على هذا الاختلاف[2]، والله أعلم.

---

(١) إشارةً إلى ما ذَكَره في باب الغنائم وقِسْمَتها بقوله: «ولأنَّ الاستيلاء إثباتُ اليدِ الحافظة والنَّاقلة، فلمَّا لم يثبت الإحرازُ بدار الإسلام لم تثبتِ النَّاقلةُ، فلا يثبت الاستيلاء، ولمَّا لم يثبتِ الاستيلاءُ لم يثبتِ المِلْك. عناية.

(٢) ذكَرَه لِدَفع شُبهةٍ تَرِدُ على قولِ أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأنَّ محمداً ذكر في الزِّيادات: أنَّ المُتلِفَ لسَلَبٍ نَفَلَه الإمامُ رجلاً، يَضمَنُ. ولم يَذكرْ خِلافاً، فوَرَدَ عليهما أنَّ الضَّمانَ دليلُ تَمامِ المِلكِ، فينبغي أن يَحِلَّ الوطءُ عندكما أيضاً بعدَ الاستبراءِ، فقال في جوابه: بل هو على الخلافِ، فإنَّما يضمَنُ عند محمد خلافاً لهما. فتح.

باب استيلاء الكفار

و إذا غَلَبَ التُّرْكُ على الرُّوم، فَسَبَوْهُمْ وأخَذوا أمْوالَهُمْ مَلَكُوها ، فإنْ غَلَبْنا على التُّرْكِ، حَلَّ لنا ما نَجِدُهُ مِنْ ذلك. وإذا غَلَبُوا على أموالِنا - والعياذُ بِاللهِ - وأحْرَزُوها بِدارِهِمْ مَلَكُوها، ....

(باب استيلاء الكفار)

(و إذا غَلَبَ التُّرْكُ على الرُّومِ[١] فَسَبَوْهُمْ وأخَذوا أمْوالَهُمْ مَلَكُوها)؛ لأنَّ الاستيلاءَ قد تحقَّق في مالٍ مُباحٍ، وهو السَّببُ على ما نُبيِّنُه إن شاء الله تعالى، (فإنْ غَلَبْنا على التُّرْكِ، حَلَّ لنا ما نَجِدُهُ مِنْ ذلك[٢]) اعتباراً بِسائر أملاكِهِم.

(وإذا غَلَبُوا على أموالِنا - والعياذُ بِاللهِ - وأحْرَزُوها بِدارِهِمْ مَلَكُوها)، وقال الشَّافعيُّ: لا يَملِكُونها؛ لأنَّ الاستيلاءَ محظورٌ ابتداءً وانتهاءً، والمَحظورُ لا يَنتهِضُ سبباً لِلمِلك على ما عُرِف من قاعدة الخَصْمِ[٣].

ولنا: أنَّ الاستيلاءَ ورَدَ على مالٍ مباحٍ، فَيَنعقِدُ سبباً لِلمِلك دفعاً لحاجةِ المكلَّف، كاستيلائنا على أموالهم، وهذا[٤] لأنَّ العصمةَ تَثبُتُ على مُنافاةِ الدَّليل[٥]

---

(١) أي: كفَّارُ التُّركِ على كفَّارِ الرُّوم. فتح.

(٢) أي: مِمَّا أخَذَه التُّركُ من أهلِ الرُّومِ، وإن كان بيننا وبينَ الرُّومِ مُوادَعةٌ؛ لأنَّا لم نَغدِر بهم؛ لأنَّ المأخوذَ صار مِلكاً للتُّركِ كسائر أموالهم.
ولو كان بيننا وبينَ كلٍّ من الطَّائفتينِ مُوادَعةٌ، فاقتتلوا، فغَلَبَت إحداهما، كان لنا أن نشتري المَغنُومَ من مالِ الطَّائفةِ الأخرى من الغانمين؛ لما ذكرنا. فتح.

(٣) وهي: أنَّ المحظورَ ولو بوجهٍ لا يَنتهِض سبباً لِلمِلك كما في البيع الفاسد، وأمَّا المحظورُ من كلِّ وجهٍ، بأن يكون محظوراً بأصله ووَصْفِه، كما في البيع الباطل كالبيع بالميتة أو الدَّم، فإنَّه لا يُوجِب المِلكَ بالاتِّفاق. عناية.

(٤) إشارة إلى أنَّ الاستيلاءَ ورد على مالٍ مباحٍ.

(٥) فإنَّ الدَّليلَ وهو قوله تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البَقَرَة: ٢٩] يقتضي أن لا يكونَ مالٌ ما معصوماً لشخصٍ ما، وإنَّما تثبتُ العِصمةُ لِضَرورةِ تمكُّنِ المالكِ من الانتفاع. عناية.

فإنْ ظَهَرَ عليها المُسلِمُونَ، فَوَجَدَها المالِكُونَ قَبْلَ القِسْمَةِ فَهِيَ لهم بِغَيرِ شَيءٍ، وإنْ وَجَدُوها بعدَ القِسمَةِ أَخَذُوها بالقيمةِ إنْ أَحَبُّوا، ....

ضرورةَ تَمكُّنِ المالكِ من الانتفاعِ، فإذا زالتِ المُكْنَةُ عادَ مباحاً كما كان، غيرَ أنَّ الاستيلاءَ لا يتحقَّقُ إلَّا بالإحراز بالدَّار؛ لأنَّه[1] عبارةٌ عن الاقتدارِ على المَحلِّ حالاً ومآلاً.

والمَحظورُ لِغَيره[2] إذا صَلُح سبباً لكرامةٍ تَفوقُ المِلكَ، وهو الثَّوابُ الآجِلُ، فما ظَنُّكَ بالمِلْكِ العاجل؟

(فإنْ ظَهَرَ عليها المُسلِمُونَ، فَوَجَدَها المالِكُونَ قَبْلَ القِسْمَةِ فَهِيَ لهم بِغَيرِ شَيءٍ، وإنْ وَجَدُوها بعدَ القِسمَةِ أَخَذُوها بالقيمةِ إنْ أَحَبُّوا)؛ لقوله ﷺ فيه: «إنْ وجدتَهُ قبلَ القسمةِ فهو لكَ بغيرِ شيءٍ، وإنْ وجدتَهُ بعدَ القسمةِ فهو لكَ بالقيمة[3]»، ولأنَّ المالكَ القديمَ زال مِلكُه بغير رضاه، فكان له حقُّ الأخذِ نظراً له، إلَّا أنَّ في الأخذِ بعدَ القسمةِ ضرراً بالمأخوذِ منه بإزالةِ مِلكِه الخاصِّ، فيأخُذُه بالقيمةِ؛ لِيَعتدِلَ النَّظرُ من الجانبين، والشَّركةُ قبلَ القسمةِ عامَّةٌ فَيَقِلُّ الضَّررُ فيأخُذُه بغير قيمة.

---

(١) أي: الاستيلاء.

(٢) هذا جوابٌ عن قولِ الخَصم: «إنَّ الاستيلاء محظور»، وتقريره: سلَّمنا أنَّه محظورٌ لكنَّه محظورٌ لغيره مباحٌ في نفسه على ما ذكرنا، والمحظورُ لغيره إذا صَلُح سبباً لكرامةٍ تفوقُ المِلك، كالصَّلاة في الأرض المغصوبة فإنَّها تَصلُح سبباً لاستحقاق أعلى النِّعَم، وهو الثَّواب في الآخرة، فلأن تَصلُح سبباً للملك في الدُّنيا أولى. عناية.

(٣) أخرج الدار قطني في السير برقم (٣٩) عن ابن عباس عن النَّبيِّ ﷺ قال: «فيما أحرزَ العدوُّ فاستنقذَهُ المسلمون منهم، أو أخذَهُ صاحبُهُ قبلَ أن يُقسَمَ، فهو أحقُّ به، فإن وجَدَهُ وقد قُسِم فإن شاءَ أخذَهُ بالثَّمَن». قال: والحسن بن عمارة متروكٌ.

وشطر الحديث في البخاري في الجهاد والسير، باب: إذا غنم المشركون مال المسلم ثم وجده المسلم (٢٩٠٢) عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: ذهب فرسٌ له، فأخَذَه العدوُّ، فظَهَر عليه المسلمون، فَرُدَّ عليه في زمنِ رسولِ الله ﷺ. وأبَقَ عبدٌ له فَلَحِق بالرُّوم، فظهَرَ عليهم المسلمون فرَدَّه عليه خالد بن الوليد بعدَ النَّبيِّ ﷺ.

وإنْ دَخَلَ دارَ الحَرْبِ تاجِرٌ فاشْتَرَى ذلكَ وأخْرَجَهُ إلى دارِ الإسلامِ، فَمَالِكُهُ الأوَّلُ بِالخيار: إنْ شاءَ أخَذَهُ بالثَّمَنِ الذي اشْتَراهُ بِهِ، وإنْ شاءَ تَرَكَهُ. فإنْ أَسَرُوا عبداً فاشتَراهُ رَجُلٌ وأخْرَجَهُ إلى دارِ الإسلامِ، فَفُقِئَتْ عَيْنُهُ وأخَذَ أَرْشَها، فإنَّ المَولَى يَأخُذُهُ بِالثَّمَنِ الذي أُخِذَ به من العَدوِّ، ولا يأخُذُ الأَرْشَ. ....

(وإنْ دَخَلَ دارَ الحَرْبِ تاجِرٌ فاشْتَرَى ذلكَ وأخْرَجَهُ إلى دارِ الإسلامِ، فَمَالِكُهُ الأوَّلُ بِالخيار: إنْ شاءَ أخَذَهُ بالثَّمَنِ الذي اشْتَراهُ بِهِ، وإنْ شاءَ تَرَكَهُ)؛ لأنَّه يتضرَّرُ بالأخذِ مجَّاناً؛ ألا ترى أنَّه قد دَفَع العِوَضَ بمقابَلَتِهِ، فكانَ اعتدالُ النَّظرِ فيما قلناه.

ولو اشتراه بِعَرَض يأخذُهُ بقيمة العَرَض، ولو وَهَبُوه لمسلم يأخذُهُ بقيمتِهِ؛ لأنَّه ثبَتَ له مِلكٌ خاصٌّ فلا يُزالُ إلَّا بالقيمة، ولو كان مَغنوماً وهو مِثليٌّ، يأخُذُه قبلَ القسمةِ [مجَّاناً][1] ولا يأخُذُه بعدها؛ لأنَّ الأخذَ بالمثلِ غيرُ مفيدٍ، وكذا إذا كان موهوباً لا يأخذُهُ لِما بيَّنَّا[2]. وكذا إذا كان مُشتَرَى بمثلِهِ قَدراً ووَصفاً[3].

قال: (فإنْ أَسَرُوا عبداً فاشتَراهُ رَجُلٌ وأخرَجَهُ إلى دارِ الإسلامِ فَفُقِئَتْ عَيْنُهُ وأخَذَ أَرْشَها، فإنَّ المَولَى يَأخُذُهُ بِالثَّمَنِ الذي أُخِذَ به من العَدوِّ)، أمَّا الأخذُ بالثَّمن فلما قلنا[4]. (ولا يأخُذُ الأَرْشَ)؛ لأنَّ المِلكَ فيه صحيحٌ، فلو أخَذَه أخَذَه بمثلِهِ، وهو لا يفيد، ولا يَحطُّ شيئاً من الثَّمن؛ لأنَّ الأوصافَ لا يُقابِلُها شيءٌ من الثَّمن.

---

(١) زيادة من (ج).
(٢) أنَّ الأخذَ بالمثل غيرُ مفيد.
(٣) يعني: إذا كان ما أخذَهُ الكفَّار من المسلمين مثليَّاً فاشتراه من مسلم بمِثلِهِ قدراً ووصفاً، ثمَّ جاء صاحبُهُ القديمُ ليس له أن يأخذه منه لأنَّه غيرُ مفيد. وإنَّما قيَّد بقوله «قدراً ووصفاً» احترازاً عمَّا لو اشتراه المسلمُ بأقلَّ قدراً منه أو بجنسٍ آخَرَ أو بجنسِهِ ولكنَّه أردأُ منه وصفاً، فإنَّ له أن يأخُذَه بمثل ما أعطاه المشتري، ولا يكون ذلك رباً لأنَّه إنَّما فدى لِيَستخلِصَ مِلكَه ويُعيدَه إلى قديم مِلكِه، لا أنَّه يشتريه ابتداءً. عناية.
(٤) أي: من أنَّ المشتري يتضرَّر بالأخذ مجَّاناً.

وإنْ أَسَرُوا عبداً فاشْتَراهُ رَجُلٌ بألفِ دِرْهَم، فَأَسَرُوهُ ثانياً وأَدْخَلُوهُ دارَ الحَرْبِ، فاشْتَراهُ رَجُلٌ آخَرُ بألفِ دِرْهمٍ، فليسَ لِلمَوْلَى الأَوَّلِ أنْ يَأْخُذَهُ من الثَّاني بِالثَّمَنِ، ولِلمُشتَرِي الأَوَّلِ أنْ يَأخُذَهُ من الثَّاني بِالثَّمَنِ ثُمَّ يَأْخُذُهُ المالِكُ القَدِيمُ بِألفَينِ إنْ شاءَ، ولا يَملِكُ عَلَينا أهلُ الحَرْبِ بِالغَلبةِ مُدَبَّرِينا وأمَّهاتِ أولادِنا ومُكاتَبِينا وأحرارَنا، ونَمْلِكُ عَلَيهم جميعَ ذلكَ. ....

بخلاف الشُّفعة[1]؛ لأنَّ الصفقةَ لمَّا تحوَّلت إلى الشَّفيع صار المُشتَرَى في يد المشتري بمنزلة المُشتَرَى شراءً فاسداً، والأوصافُ تُضمَنُ فيه، كما في الغصب، أمَّا هاهنا المِلكُ صحيحٌ فافترقا.

(وإنْ أَسَرُوا عبداً فاشْتَراهُ رَجُلٌ بألفِ دِرْهَم، فَأَسَرُوهُ ثانياً وأَدْخَلُوهُ دارَ الحَرْبِ، فاشْتَراهُ رَجُلٌ آخَرُ بألفِ دِرْهمٍ، فليسَ لِلمَوْلَى الأَوَّلِ أنْ يَأْخُذَهُ من الثَّاني بِالثَّمَنِ)؛ لأنَّ الأسرَ ما وَرَدَ على مِلْكه، (ولِلمُشتَرِي الأَوَّلِ أنْ يَأخُذَهُ من الثَّاني بِالثَّمَنِ)؛ لأنَّ الأسرَ وَرَدَ على مِلكِهِ، (ثُمَّ يَأْخُذُهُ المالِكُ القَدِيمُ بِألفَينِ إنْ شاءَ)؛ لأنَّه قام عليه بالثَّمنين فيأخُذُه بهما، وكذا إذا كان المأسورُ منه الثَّاني غائباً ليس للأوَّل أن يأخُذَه اعتباراً بحال حضرته.

(ولا يَملِكُ عَلَينا أهلُ الحَرْبِ بِالغَلبةِ مُدَبَّرِينا وأمَّهاتِ أولادِنا ومُكاتَبِينا وأحرارَنا، ونَمْلِكُ عَلَيهم جميعَ ذلكَ)؛ لأنَّ السَّببَ إنَّما يُفيدُ المِلكَ في مَحلِّه، والمَحلُّ المالُ المُباحُ، والحُرُّ معصومٌ بنفسه، وكذا مَن سِواه؛ لأنَّه تَثبُت الحرِّيَّةُ

---

[1] يعني: بخلافِ الوصفِ في مسألة الشُّفعةِ، فإنَّ الأوصافَ يُقابِلُها شيءٌ من الثَّمنِ، أي: إذا كان فواتُ وصفِ المَشفوعِ فيه بِفعلٍ قَصديٍّ قُوبل ببعض الثَّمن، كما لو استَهلَكَ شخصٌ بعضَ بناءِ الدَّارِ المَشفوعةِ، فإنَّه يَسقُطُ عن الشَّفيعِ حصَّتُهُ، ولو فات بآفةٍ سماويَّةٍ، كأنَّ جفَّ شجرُ البستانِ ونحوِهِ لا يُقابلُهُ شيءٌ من الثَّمن.
وبهذا أورد على إطلاقِ قولِهِ: «بخلافِ الشُّفعة»؛ لأنَّ ذلك في القَصديِّ، أمَّا في غيرِهِ فالشُّفعةُ والمسألةُ التي نحن فيها سواء. انظر تمامَه في الفتح.

وإذا أَبَقَ عَبْدٌ لِمُسلِمٍ فَدَخَلَ إليهم فَأَخَذُوهُ لَمْ يَمْلِكُوهُ عند أبي حنيفة، وقالا: يَملِكُونَهُ. وإنْ نَدَّ بَعيرٌ إليهم فَأَخَذُوهُ مَلَكُوهُ، وإنِ اشتَراهُ رَجُلٌ وأَدْخَلَهُ دارَ الإسلامِ، فَصاحِبُهُ يَأْخُذُهُ بِالثَّمَنِ إنْ شاءَ. ....

فيه من وجه، بخلاف رِقابِهِم[١]؛ لأنَّ الشَّرعَ أسقَطَ عِصْمَتَهم جزاءً على جِنايَتِهم وجَعَلَهم أرِقَّاءَ ولا جِنايةَ من هؤلاء.

(وإذا أَبَقَ عَبْدٌ لِمُسلِمٍ فَدَخَلَ إليهم فَأَخَذُوهُ لَمْ يَمْلِكُوهُ عند أبي حنيفة، وقالا: يَملِكُونَهُ)؛ لأنَّ العصمةَ لحقِّ المالكِ لِقيامِ يدِهِ وقد زالت، ولهذا لو أخَذُوهُ من دارِ الإسلامِ مَلَكُوه.

وله: أنَّه ظَهَرت يدُهُ على نفسِهِ بالخروجِ من دارِنا؛ لأنَّ سُقوطَ اعتبارِها[٢] لِتحقُّقِ يدِ المولى عليه تمكيناً له من الانتفاعِ، وقد زالت يدُ المَولَى، فظهرتْ يدُهُ على نفسِهِ وصارَ مَعصوماً بنفسِهِ، فلم يبقَ مَحلاً للمِلْك، بخلافِ المُتردِّدِ؛ لأنَّ يدَ المولى باقيةٌ عليه لِقيامِ يدِ أهلِ الدَّار، فمَنَعَ ظهورَ يده.

وإذا لم يَثبُتِ المِلكُ لهم عند أبي حنيفة يأخُذه المالكُ القديمُ بغير شيءٍ، موهوباً كان أو مُشتَرَى أو مَغنُوماً، قبلَ القسمةِ وبعدَ القسمةِ، يُؤدِّي عِوَضَه من بيت المال؛ لأنَّه لا يُمكِن إعادةُ القسمةِ لِتفرُّقِ الغانمين وتَعذُّرِ اجتماعهم.

وليس له[٣] على المالك جُعلُ الآبقِ؛ لأنَّه عاملٌ لنفسه، إذ في زَعمِهِ أنَّه مِلكُه.

(وإنْ نَدَّ بَعيرٌ إليهم فَأَخَذُوهُ مَلَكُوهُ)؛ لِتحقُّقِ الاستيلاءِ؛ إذْ لا يَدَ للعجماء لِتظْهَر عندَ الخروجِ من دارنا، بخلاف العبدِ على ما ذكرنا. (وإنِ اشتَراهُ رَجُلٌ وأَدْخَلَهُ دارَ الإسلامِ، فَصاحِبُهُ يَأْخُذُهُ بِالثَّمَنِ إنْ شاءَ)؛ لِما بيَّنَّا.

---

(١) أي: رقاب أحرار الكفَّار ومُدبَّريهم وأمَّهات أولادهم.

(٢) أي: اعتبار يدِ العبد.

(٣) أي: للغازي أو للتَّاجر.

فإنْ أبَقَ عَبْدٌ إليهم وذَهَبَ مَعَهُ بِفَرَسٍ ومَتاعٍ، فَأَخَذَ المُشرِكُونَ ذلك كُلَّهُ، واشْتَرَى رَجُلٌ ذلك كلَّه، وأخرَجَهُ إلى دارِ الإسلامِ، فَإِنَّ المَولَى يَأْخُذُ العبدَ بِغَيرِ شَيءٍ والفَرَسَ والمَتاعَ بالثَّمَنِ، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: يأخُذُ العبدَ وما مَعَهُ بالثَّمَنِ إنْ شاءَ. وإذا دَخَلَ الحَربيُّ دارَنا بأمانٍ واشْتَرَى عبداً مُسلِماً وأدخَلَهُ دارَ الحَرْبِ عَتَقَ عند أبي حنيفة، وقالا: لا يَعتِقُ. وإذا أسْلَمَ عَبْدٌ لِحَربِيٍّ ثُمَّ خَرَجَ إلينا أو ظُهِرَ على الدَّارِ فَهُوَ حُرٌّ، وكذلك إذا خَرَجَ عَبِيدُهُم إلى عَسْكَرِ المُسلِمِينَ فَهُم أحرارٌ.

(فإنْ أبَقَ عَبْدٌ إليهم وذَهَبَ مَعَهُ بِفَرَسٍ ومَتاعٍ، فَأَخَذَ المُشرِكُونَ ذلك كُلَّهُ، واشْتَرَى رَجُلٌ ذلك كلَّه، وأخرَجَهُ إلى دارِ الإسلامِ، فإنَّ المَولَى يَأْخُذُ العبدَ بِغَيرِ شَيءٍ والفَرَسَ والمَتاعَ بالثَّمَنِ، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: يأخُذُ العبدَ وما مَعَهُ بالثَّمَنِ إنْ شاءَ)، اعتباراً لحالةِ الاجتماعِ بحالةِ الانفرادِ، وقد بيَّنَّا الحكمَ في كلِّ فرد.

(وإذا دَخَلَ الحَربيُّ دارَنا بأمانٍ واشْتَرَى عبداً مُسلِماً وأدخَلَهُ دارَ الحَرْبِ عَتَقَ عند أبي حنيفة، وقالا: لا يَعتِقُ)؛ لأنَّ الإزالةَ كانت مُستحَقَّة بطريق معيَّنٍ، وهو البيعُ، وقد انقطعت ولايةُ الجَبْرِ عليه فبقي في يده عبداً.

ولأبي حنيفة: أنَّ تخليصَ المسلمِ عن ذُلِّ الكافرِ واجبٌ، فَيُقام الشَّرطُ - وهو تَبايُنُ الدَّارين - مُقامَ العِلَّة - وهو الإعتاق - تخليصاً له، كما يُقام مُضيُّ ثلاثِ حِيَضٍ مُقامَ التَّفريقِ فيما إذا أسلم أحدُ الزَّوجينِ في دارِ الحربِ.

(وإذا أسْلَمَ عَبْدٌ لِحَربِيٍّ ثُمَّ خَرَجَ إلينا أو ظُهِرَ على الدَّارِ فَهُوَ حُرٌّ، وكذلك إذا خَرَجَ عَبِيدُهُم إلى عَسْكَرِ المُسلِمِينَ فَهُم أحرارٌ)؛ لِما رُوي أنَّ عبيداً من عَبيدِ الطَّائف أسْلَمُوا وخَرَجُوا إلى رسول الله ﷺ، فَقَضَى بِعِتْقِهِم، وقال: «هم عُتقاءُ الله[1]»،

---

(١) أخرج الطبراني في الكبير (١١/ ٣٩٠) (١٢١٢١) عن ابن عباس: أنَّ عبدين خرجا يومَ الطَّائفِ والنَّبيُّ ﷺ مُحاصِرُهُم فأعتَقهما رسول الله ﷺ.

أخرج أحمد (١/ ٢٣٦) (٢١١١)، وابن أبي شيبة في السير، باب: العبد يخرج قبل سيده من دار =

ولأنَّه أحرَزَ نفسَهُ بالخروجِ إلينا مُراغِماً[1] لمولاه، أو بالالتحاقِ بِمَنَعَةِ المسلمين إذا ظُهِرَ على الدَّارِ، واعتبارُ يدِهِ أولى من اعتبارِ يدِ المسلمين؛ لأنَّها أسبَقُ ثُبوتاً على نفسه، فالحاجةُ في حقِّه إلى زيادةِ توكيدٍ، وفي حقِّهم إلى إثباتِ اليدِ ابتداءً، فلهذا كان أولى، والله أعلم.

= الحرب (٣٣٥٩٧) عن ابن عباس أنَّ النَّبيَّ ﷺ كان يَعتِقُ مَن أتاه من العبيدِ قبلَ مَواليهم إذا أسلَمُوا وقد أعتَقَ يومَ الطَّائفِ رجلين.

(١) منابذاً لمولاه، يقال: راغَمَ فلانٌ قومَهُ مُراغَمَةً، إذا خرج عنهم ونَبَذَهم.

باب المستأمن

وإذا دَخَلَ المُسلِمُ دارَ الحَرْبِ تاجِراً، فلا يَحِلُّ لَهُ أنْ يَتَعَرَّضَ لِشَيءٍ مِنْ أموالِهِم ولا مِنْ دِمائِهِم، فإنْ غَدَرَ بِهِمْ فأخَذَ شَيئاً وخَرَجَ بِهِ، مَلَكَهُ مِلْكاً مَحْظوراً، فَيُؤمَرُ بِالتَّصَدُّقِ بِهِ. وإذا دَخَلَ المُسلِمُ دارَ الحَرْبِ بِأمانٍ، فأدانَهُ حَربِيٌّ، أو أدانَ هُوَ حَرِبيّاً، أو غَصَبَ أحَدُهُما صاحِبَهُ، ثُمَّ خَرَجَ إلينا واستأمَنَ الحَرْبِيُّ، لَمْ يُقْضَ لِواحِدٍ منهما على صاحِبِهِ بِشَيءٍ، ....

(باب المستأمن)

(وإذا دَخَلَ المُسلِمُ دارَ الحَرْبِ تاجِراً، فلا يَحِلُّ لَهُ أنْ يَتَعَرَّضَ لِشَيءٍ مِنْ أموالِهِم ولا مِنْ دِمائِهِم)؛ لأنَّه ضَمِن أنْ لا يتعرَّضَ لهم بالاستئمانِ، فالتَّعرُّضُ بعد ذلك يكون غدراً، والغدرُ حرامٌ، إلَّا إذا غدَرَ بهم مَلِكُهم فأخَذَ أموالَهُم أو حَبَسَهم أو فَعَل غيرُهُ بِعِلْم المَلِك ولم يَمْنَعْه؛ لأنَّهم هم الذين نَقَضُوا العهدَ، بخلاف الأسيرِ؛ لأنَّه غيرُ مُستأمَنٍ فَيُباح له التَّعرُّضُ وإن أطلَقُوه طَوعاً.

(فإنْ غَدَرَ بِهِمْ) أعني: التَّاجر (فأخَذَ شَيئاً وخَرَجَ بِهِ مَلَكَهُ مِلْكاً مَحْظوراً)؛ لِوُرود الاستيلاءِ على مالٍ مُباحٍ، إلَّا أنَّه حَصَل بسببِ الغَدْر، فأوجب ذلك خُبثاً فيه، (فَيُؤمَرُ بالتَّصَدُّقِ بِهِ) وهذا؛ لأنَّ الحظرَ لِغَيره لا يَمنَعُ انعقادَ السَّببِ على ما بيَّنَّاه[١].

(وإذا دَخَلَ المُسلِمُ دارَ الحَرْبِ بِأمانٍ، فأدانَهُ[٢] حَربِيٌّ، أو أدانَ هُوَ حَرِبيّاً، أو غَصَبَ أحَدُهُما صاحِبَهُ، ثُمَّ خَرَجَ إلينا واستأمَنَ الحَرْبِيُّ، لَمْ يُقْضَ لِواحِدٍ منهما على صاحِبِهِ بِشَيءٍ)، أمَّا الإدانةُ فَلأنَّ القضاءَ يَعتمِد الولايةَ، ولا ولايةَ وقتَ الإدانةِ أصلاً ولا وقتَ القضاءِ على المُستأمَن؛ لأنَّه ما التزَمَ حكمَ الإسلامِ فيما مَضَى من أفعاله، وإنَّما التزَمَ ذلك في المستقبل.

(١) يعني: في أوائل باب استيلاء الكفَّار، بقوله: «والمَحظورُ لِغَيره إذا صَلُح سبباً لكرامةٍ تَفُوق المِلك ...» إلخ.

(٢) أي: باعه بالدَّين.

ولو خَرَجا مُسلِمَينِ قُضِيَ بِالدَّيْنِ بينهما، ولم يُقْضَ بِالغَصْبِ. وإذا دَخَلَ المُسلِمُ دارَ الحَرْبِ بِأمانٍ، فَغَصَبَ حَرْبِيّاً ثمَّ خَرَجا مُسلِمَيْنِ، أُمِرَ بِرَدِّ الغَصْبِ ولَمْ يُقْضَ عليه. وإذا دَخَلَ مُسلِمانِ دارَ الحَرْبِ بِأمانٍ، فَقَتَلَ أَحَدُهُما صاحِبَهُ عَمْداً أو خَطأً، فَعَلَى القاتِلِ الدِّيَةُ في مالِهِ، وعَلَيهِ الكَفَّارَةُ في الخَطإِ. ....

وأمَّا الغَصبُ فلأنَّه صار مِلكاً للذي غَصَبه واستولى عليه؛ لِمُصادَفَتِه مالاً غيرَ مَعصومٍ على ما بيَّنَّاه، وكذلك لو كانا حَربيَّينِ فَعلا ذلك[١] ثمَّ خَرَجا مستأمَنِين لِما قلنا[٢].

(ولو خَرَجا مُسلِمَينِ قُضِيَ بِالدَّيْنِ بينهما، ولم يُقْضَ بِالغَصْبِ)، أمَّا المُداينةُ فلأنَّها وقعتْ صحيحةً لِوُقوعها بالتَّراضي، والولايةُ ثابتةٌ حالةَ القضاءِ لالتزامهما الأحكامَ بالإسلام.

وأمَّا الغصبُ فَلِما بيَّنَّا أنَّه مَلَكَهُ، ولا خُبثَ في مِلك الحربيِّ حتَّى يُؤمرَ بالرَّدِّ.

(وإذا دَخَلَ المُسلِمُ دارَ الحَرْبِ بِأمانٍ، فَغَصَبَ حَرْبِيّاً ثمَّ خَرَجا مُسلِمَيْنِ، أُمِرَ بِرَدِّ الغَصْبِ ولَمْ يُقْضَ عليه)، أمَّا عدمُ القضاءِ فَلِما بيَّنَّا أنَّه مَلَكَه، وأمَّا الأمرُ بالرَّدِّ[٣] - ومرادُهُ الفتوى به - فلأنَّه فَسَدَ المِلكُ لِما يُقارِنُه من المُحرَّم، وهو نقضُ العهد.

(وإذا دَخَلَ مُسلِمانِ دارَ الحَرْبِ بِأمانٍ، فَقَتَلَ أَحَدُهُما صاحِبَهُ عَمْداً أو خَطأً، فَعَلَى القاتِلِ الدِّيَةُ في مالِهِ، وعَلَيهِ الكَفَّارَةُ في الخَطإِ) أمَّا الكفَّارةُ فلإطلاق الكتاب، وأمَّا الدِّيةُ فلأنَّ العصمةَ الثَّابتةَ بالإحرازِ بدارِ الإسلامِ لا تَبطُلُ بعارِضِ الدُّخولِ بالأمان، وإنَّما لا يَجِب القِصاصُ؛ لأنَّه لا يُمكِن استيفاؤه إلَّا بِمَنَعَةٍ،

---

(١) أي: الإدانة والغصب.

(٢) إشارة إلى قوله من قبلُ «إنَّ القضاء يعتمد الولاية ...» إلخ.

(٣) أي: بالردِّ فيما بينه وبين الله تعالى، ولا يُحكم بالجبر والإلزام. والظاهر أنَّ الضَّمير في قوله «ومراده» راجع إلى محمد رَحِمَهُ اللَّهُ. بناية.

وإنْ كانا أسِيرَينِ فَقَتَلَ أحَدُهما صاحِبَهُ، أو قَتَلَ مُسلِمٌ تاجِرٌ أسِيراً، فلا شيءَ على القاتلِ إلَّا الكفَّارة في الخطإ عند أبي حنيفة، وقالا: في الأسِيْرَينِ الدِّيَةُ في الخَطإ والعَمدِ.

ولا مَنَعَةَ دونَ الإمامِ وجماعةِ المسلمين، ولم يُوجَد ذلك في دار الحرب، وإنَّما تَجِبُ الدِّيةُ في مالِهِ في العَمدِ؛ لأنَّ العواقلَ لا تَعقِل العمدَ؛ وفي الخَطإ لأنَّه لا قدرةَ لهم على الصِّيانة مع تَبايُن الدَّارين، والوجوبُ عليهم على اعتبار تَركِها[1].

(وإنْ كانا أسِيرَينِ فَقَتَلَ أحَدُهما صاحِبَهُ، أو قَتَلَ مُسلِمٌ تاجِرٌ أسِيراً، فلا شيءَ على القاتلِ إلَّا الكفَّارة في الخطإ عند أبي حنيفة، وقالا: في الأسِيْرَينِ[2] الدِّيَةُ في الخَطإ والعَمدِ)؛ لأنَّ العصمةَ لا تَبطُل بعارِضِ الأسرِ، كما لا تَبطُلُ بعارِضِ الاستئمانِ على ما بيَّنَّاه[3]، وامتناعُ القِصاصِ لِعَدمِ المَنَعَة، ويَجِب الدِّيةُ في ماله لِما قلنا[4].

ولأبي حنيفة: أنَّ بالأسرِ صار تَبَعاً لهم؛ لِصَيرورتِهِ مَقهوراً في أيديهم، ولهذا يَصيرُ مقيماً بإقامتهم ومسافراً بِسَفرِهم، فيَبطُلُ به الإحرازُ أصلاً، وصار كالمسلم الذي لم يُهاجِرْ إلينا، وخُصَّ الخطأ بالكفَّارةِ؛ لأنَّه لا كفَّارة في العمد عندنا.

---

(١) أي: وجوب الدِّية على العواقل، على اعتبار تَركِ الصِّيانة.

(٢) أي: في الأسيرين يَقتلُ أحدُهما الآخرَ.

(٣) إشارة إلى أنَّ العصمةَ الثَّابتةَ بالإحراز بدار الإسلام لا تَبطُلُ بعارض الدُّخول بالأمان.

(٤) إشارة إلى قوله «لأنَّ العواقل لا تَعقِل العمد».

فصل

وإذا دَخَلَ الحَربيُّ إلينا مُستأمِناً لم يُمَكَّنْ أنْ يُقيمَ في دارِنا سَنَةً، ويقولُ لهُ الإمامُ: «إنْ أقَمْتَ تَمامَ السَّنةِ وَضَعْتُ عليكَ الجِزْيَةَ»، وإذا أقامَها بعدَ مَقالَةِ الإمامِ يَصِيرُ ذِمِّيّاً، ثُمَّ لا يُتْرَكُ أنْ يَرجِعَ إلى دارِ الحَرْبِ. فإنْ دَخَلَ الحَربيُّ دارَنا بِأمانٍ واشْتَرَى أرضَ خَراجٍ، فإذا وُضِعَ عليهِ الخَراجُ فَهُوَ ذِمِّيٌّ. ....

(فصل)

في بيان أحكام المستأمن من أهل الحرب

قال: (وإذا دَخَلَ الحَربيُّ إلينا مُستأمِناً لم يُمَكَّنْ أنْ يُقيمَ في دارِنا سَنَةً، ويقولُ لهُ الإمامُ: «إنْ أقَمْتَ تَمامَ السَّنةِ وَضَعْتُ عليكَ الجِزْيَةَ»)، والأصلُ: أنَّ الحربيَّ لا يُمكَّنُ من إقامةٍ دائمةٍ في دارنا إلَّا بالاسترقاقِ أو الجِزيَة؛ لأنَّه يصيرُ عيناً لهم وعَوناً علينا، فَتَلتَحِقُ المَضرَّةُ بالمسلمين، ويُمَكَّنُ من الإقامةِ اليسيرةِ؛ لأنَّ في مَنعِها قَطْعَ المِيرَة والجَلَبِ وسَدَّ بابِ التِّجارة، فَفَصلنا بينهما بسنة؛ لأنَّها مدَّةٌ تَجِبُ فيها الجزيةُ، فتكونُ الإقامةُ لمصلحةِ الجزيةِ.

ثمَّ إن رَجَع بعد مقالةِ الإمامِ قبلَ تمامِ السَّنةِ إلى وطنِهِ فلا سبيلَ عليه، وإذا مَكَثَ سنةً فهو ذِمِّيٌّ؛ لأنَّه لمَّا أقام سنةً بعد تقدُّمِ الإمامِ إليه[1] صار مُلتزِماً الجِزيةَ فيصيرُ ذِمِّيّاً، وللإمامِ أن يُؤقِّتَ في ذلك ما دونَ السَّنةِ كالشَّهرِ والشَّهرين.

(وإذا أقامَها بعدَ مَقالَةِ الإمامِ يَصِيرُ ذِمِّيّاً)؛ لما قلنا[2]، (ثُمَّ لا يُتْرَكُ أنْ يَرجِعَ إلى دارِ الحَرْبِ)؛ لأنَّ عقدَ الذِّمَّةِ لا يُنقَض، كيف وأنَّ فيه قَطْعَ الجِزيةِ وجَعْلَ ولدِهِ حرباً علينا، وفيه مَضرَّةٌ بالمسلمين.

(فإنْ دَخَلَ الحَربيُّ دارَنا بِأمانٍ واشْتَرَى أرضَ خَراجٍ، فإذا وُضِعَ عليهِ الخَراجُ فَهُوَ ذِمِّيٌّ)؛ لأنَّ خراجَ الأرضِ بمنزلةِ خراجِ الرَّأس، فإذا التزمَهُ صار مُلتزِماً المُقامَ

---

(١) يقال: «تَقدَّم إليه الأميرُ بكذا أو في كذا» إذا أمَرَهُ به.

(٢) إشارة إلى قوله: «لأنَّه لمَّا أقام سنة بعد تقدُّم الإمام صارَ مُلتزِماً للجزية».

وإذا دَخَلَتْ حَرْبِيَّةٌ بِأمانٍ فَتَزَوَّجَتْ ذِمِّيّاً صارَتْ ذِمِّيَّةً. وإذا دَخَلَ حَرْبيٌّ بِأمانٍ فَتَزَوَّجَ ذِمِّيَّةً لَمْ يَصِرْ ذِمِّيّاً. ولَوْ أنَّ حَرْبِيّاً دَخَلَ دارَنا بِأمانٍ، ثُمَّ عادَ إلى دارِ الحَرْبِ وَتَرَكَ وَدِيعَةً عِندَ مُسلِمٍ أو ذِمِّيٍّ أو دَيْناً في ذِمَّتِهِمْ، فقد صارَ دَمُهُ مُباحاً بِالعَوْدِ، وما في دارِ الإسلامِ مِنْ مالِهِ على خَطَرٍ، فإنْ أُسِرَ أو ظُهِرَ على الدَّارِ فَقُتِلَ سَقَطَتْ دُيُونُهُ، وصارَتْ الوَدِيعَةُ فَيْئاً، ....

في دارنا، أمَّا بمجرَّدِ الشِّراءِ فلا يَصيرُ ذِمِّيّاً؛ لأنَّه قد يَشتريها للتِّجارة، وإذا لَزِمه خراجُ الأرضِ فبعدَ ذلك تَلزَمُه الجِزيةُ لِسَنةٍ مُستقبَلَةٍ؛ لأنَّه يصيرُ ذِمِّيّاً بِلُزُومِ الخراجِ، فَتُعتَبَر المُدَّةُ من وقتِ وُجوبِه.

وقولُه في الكتاب: «فإذا وُضِع عليه الخَراجُ فهو ذِمِّيٌّ»، تصريحٌ بِشَرطِ الوضعِ، فَيتخرَّج عليه[1] أحكامٌ جَمَّة[2] فلا تَغفلْ عنه.

(وإذا دَخَلَتْ حَرْبِيَّةٌ بِأمانٍ فَتَزَوَّجَتْ ذِمِّيّاً صارَتْ ذِمِّيَّةً)؛ لأنَّها التزمتِ المُقام تبعاً للزَّوج.

(وإذا دَخَلَ حَرْبيٌّ بِأمانٍ فَتَزَوَّجَ ذِمِّيَّةً لَمْ يَصِرْ ذِمِّيّاً)؛ لأنَّه يُمكِنه أن يُطلِّقَها فيرجعُ إلى بلدِهِ، فلم يكن مُلتزِماً المُقام.

(ولَوْ أنَّ حَرْبِيّاً دَخَلَ دارَنا بِأمانٍ، ثُمَّ عادَ إلى دارِ الحَرْبِ وَتَرَكَ وَدِيعَةً عِندَ مُسلِمٍ أو ذِمِّيٍّ أو دَيْناً في ذِمَّتِهِمْ، فقد صارَ دَمُهُ مُباحاً بِالعَوْدِ)؛ لأنَّه أبطلَ أمانَهُ، (وما في دارِ الإسلامِ مِنْ مالِهِ على خَطَرٍ، فإنْ أُسِرَ أو ظُهِرَ على الدَّارِ، فَقُتِلَ سَقَطَتْ دُيُونُهُ وصارَتْ الوَدِيعَةُ فَيْئاً)، أمَّا الوديعةُ فلأنَّها في يدِهِ تقديراً؛ لأنَّ يدَ المُودَع كيدِهِ فيصيرُ فَيْئاً تَبعاً لنفسه، وأمَّا الدَّينُ فلأنَّ إثباتَ اليدِ عليه بواسطةِ المُطالَبَةِ وقد سَقَطَت، ويدُ مَنْ عليه

---

(١) أي: على أنَّ الوضع شرطٌ.

(٢) وهي: المنعُ من الخروج إلى دار الحرب، وجَرَيانُ القِصاص بينه وبينَ المسلمِ، ووجوبُ الضَّمان في إتلاف خمرِهِ وخنزيرِهِ، ووجوبُ الدِّيةِ بِقَتلِه خَطأً، وهذه الأحكامُ إنَّما تَثبُت بعد كونه ذِمِّيّاً لا قبلَهُ، وبوضع الخراجِ يصيرُ ذِمِّيّاً، فلذلك يجب أن لا يُغفَل عن شرط الوضع.

وإنْ قُتِلَ ولَمْ يُظْهَرْ على الدَّارِ، فالقَرْضُ والوَدِيعَةُ لِوَرَثَتِهِ. وما أَوْجَفَ المُسلِمُونَ عَلَيهِ مِنْ أموالِ أهلِ الحَرْبِ بِغَيرِ قِتالٍ، يُصْرَفُ في مَصالِحِ المُسلِمِينَ كما يُصْرَفُ الخَراجُ. ....

أسبَقُ إليه من يدِ العامَّةِ، فَيَختصُّ به[1] فَيسقُط.

(وإنْ قُتِلَ[2] ولَمْ يُظْهَرْ على الدَّارِ، فالقَرْضُ والوَدِيعَةُ لِوَرَثَتِهِ) وكذلك إذا ماتَ؛ لأنَّ نفسَهُ لم تَصِر مَغنُومةً فكذلك مالُهُ، وهذا لأنَّ حكمَ الأمان باقٍ في مالِهِ فَيُردُّ عليه أو على وَرَثَتِهِ من بعده.

قال: (وما أَوْجَفَ[3] المُسلِمُونَ عَلَيهِ مِنْ أموالِ أهلِ الحَرْبِ بِغَيرِ قِتالٍ، يُصْرَفُ في مَصالِحِ المُسلِمِينَ كما يُصْرَفُ الخَراجُ)، قالوا: هو مِثلُ الأراضي التي أجْلَوا أهلَها عنها والجزيةِ[4]، ولا خُمُسَ في ذلك. وقال الشَّافعيُّ[5]: فيهما الخُمُس اعتباراً بالغنيمة.

---

(١) أي: فيختص من عليه الدَّين بالدَّين الذي عليه، يعني: فلا يطالبه به أحدٌ.

(٢) أي: هذا الحربيُّ الذي دخل دارَنا بأمانٍ.

(٣) أي: ما أعمَلُوا خيلَهم ورِكابَهم في تحصيله بلا قتال. والوَجْفُ والوَجِيفُ ضَرْبٌ من سَيْر الإبل والخيل، ويقال: وَجَف البعير وَجْفاً ووَجِيفاً، وأوجَفْتَهُ إذا حملتَهُ على الوَجيف.

(٤) بالجرِّ عطفٌ على قوله: «الأراضي» أي: هو مِثلُ الأراضي التي أجْلَوا عنها أهلها ومثلُ الجزية.

(٥) قال النووي في الروضة (٥/ ٣١٥) الكتب العلمية: المالُ المأخوذُ من الكفَّار، مُنقسِمٌ إلى ما يَحصُلُ بغير قتال وإيجافِ خيلٍ ورِكابٍ، وإلى حاصلٍ بذلك، ويُسمَّى الأوَّل: فيئاً. والثاني: غنيمةً.
الباب الأوَّل: في الفيء، فمنه ما جلا عنه الكفَّارُ خوفاً من المسلمين إذا سَمِعُوا خبرَهُم، أو لِضُرٍّ أصابهم، وجزيةُ أهلِ الذِّمَّةِ، وما صُولح عليه أهلُ بلدٍ من الكفار، وعشورُ تجاراتِهِم المَشروطة عليهم إذا دخلوا دار الإسلام، ومالُ من مات أو قُتل على الرِّدَّة، ومالُ من مات من أهل الذِّمَّة عندنا، ولا وارثَ له، وكلُّ ذلك مُخمَّسٌ، هذا هو المذهب. وحكي عن القديم: أنَّ مالَ المرتدِّ لا يُخمَّس.
(٥/ ٣٢٧): الباب الثاني : في الغنيمة وقد ذكرنا، أنَّها المالُ الذي يأخذه المسلمون من الكفَّار بإيجافِ الخيلِ والرِّكاب. اهـ.

وإذا دَخَلَ الحَربيُّ دارَنا بِأمانٍ ولَهُ امرأةٌ في دارِ الحَرْبِ، وأولادٌ صِغارٌ وكِبارٌ، ومالٌ أَوْدَعَ بَعْضَهُ ذِمِّيّاً وبَعْضَهُ حَرْبِيّاً وبَعْضَهُ مُسلِماً، فَأَسْلَمَ هاهُنا، ثُمَّ ظُهِرَ على الدّارِ فَذَلِكَ كُلُّهُ فَيْءٌ، ....

ولنا: ما رُوي أنَّه ﷺ أخَذَ الجِزيةَ وكذا عمرُ ومعاذ[1]، ووُضِعَ في بيتِ المال ولم يُخَمَّس، ولأنَّه[2] مالٌ مأخوذٌ بقوَّةِ المسلمين من غيرِ قتالٍ، بخلاف الغنيمةِ؛ لأنَّه مملوكٌ بِمُباشرةِ الغانِمِينَ وبقوَّةِ المسلمين، فاستحَقَّ الخمُسَ بمعنىً، واستَحقَّه الغانِمُونَ بمعنىً، وفي هذا[3] السَّببُ واحدٌ، وهو ما ذكرناه، فلا معنى لإيجاب الخُمُس.

(وإذا دَخَلَ الحَربيُّ دارَنا بِأمانٍ ولَهُ امرأةٌ في دارِ الحَرْبِ وأولادٌ صِغارٌ وكِبارٌ ومالٌ أَوْدَعَ بَعْضَهُ ذِمِّيّاً وبَعْضَهُ حَرْبِيّاً وبَعْضَهُ مُسلِماً، فَأَسْلَمَ هاهُنا، ثُمَّ ظُهِرَ على الدّارِ فَذَلِكَ كُلُّهُ فَيْءٌ)، أمَّا المرأةُ وأولادُهُ الكبارُ فظاهرٌ؛ لأنَّهم حربيُّونَ وهم كبارٌ وليسوا بأتباعٍ، وكذلك ما في بَطنِها لو كانت حاملاً لِما قلنا من قبلُ[4].

وأمَّا أولادُهُ الصِّغارُ، فلأنَّ الصَّغيرَ إنَّما يصيرُ مُسلِماً تبَعاً لإسلام أبيه إذا كان في يدِهِ وتحتَ وِلايتِهِ، ومع تبايُنِ الدَّارينِ لا يتحقَّقُ ذلك، وكذا أموالُهُ لا تَصيرُ مُحرَزَةً بإحرازِهِ نفسَهُ؛ لاختلافِ الدَّارين، فبقي الكلُّ فَيئاً وغَنيمةً.

---

(١) أخرج أبو داود في الخراج والفيء والإمارة، باب: في تدوين العطاء (٢٩٦١) عن ابن لعدي بن عدي الكندي: أنَّ عمرَ بنَ عبد العزيز كتب أنَّ مَن سأل عن مواضعِ الفَيْء فهو ما حَكَم فيه عمرُ بنُ الخطاب رضي الله عنه، فرآه المؤمنون عَدْلاً مُوافِقاً لقول النَّبيِّ ﷺ: «جعَلَ اللهُ الحَقَّ على لسانِ عمرَ وقلبِهِ» فرَضَ الأعطيةَ للمسلمين، وعقَدَ لأهلِ الأديانِ ذِمَّةً بما فَرَضَ عليهم من الجِزيةِ، لم يَضرِب فيها بِخُمسٍ ولا مَغنَم.

(٢) أي: المأخوذُ بإيجافِ المسلمين.

(٣) أي: فيما أوجَفَ المسلمون عليه.

(٤) أي: في باب الغنائم وقِسْمَتِها، وهو قوله: «وزوجتُهُ فيءٌ لأنَّها كافرةٌ حربيَّةٌ ...» إلخ.

وإنْ أسْلَمَ في دارِ الحَرْبِ، ثُمَّ جاءَ فَظُهِرَ على الدَّارِ، فَأولادُهُ الصِّغارُ أحرارٌ مُسلِمُونَ، وما كانَ مِنْ مالٍ أَوْدَعَهُ مُسلِماً أو ذِمِّيًّاً فَهُوَ لَهُ، وما سِوَى ذلكَ فَيْءٌ. وإذا أسْلَمَ الحَرْبيُّ في دارِ الحَرْبِ، فَقَتَلَهُ مُسْلِمٌ عَمْداً أو خَطَأً ولَهُ وَرَثَةٌ مُسلِمُونَ هناكَ، فلا شَيْءَ عليه إلَّا الكَفَّارةُ في الخَطإ. ....

(**وإنْ أسْلَمَ في دارِ الحَرْبِ، ثُمَّ جاءَ فَظُهِرَ على الدَّارِ، فَأولادُهُ الصِّغارُ أحرارٌ مُسلِمُونَ**) تَبَعاً لأبيهم؛ لأنَّهم كانوا تحتَ ولايتِهِ حين أسلَمَ؛ إذِ الدَّارُ واحدةٌ.

(**وما كانَ مِنْ مالٍ أَوْدَعَهُ مُسلِماً أو ذِمِّيًّاً فَهُوَ لَهُ**)؛ لأنَّه في يدٍ مُحترمةٍ ويدُهُ كيَدِهِ، (**وما سِوَى ذلكَ فَيْءٌ**)، أمَّا المرأةُ وأولادُهُ الكبارُ فَلِما قلنا.

وأمَّا المالُ الذي في يدِ الحربيِّ؛ فلأنَّه لم يَصِرْ مَعصُوماً؛ لأنَّ يد الحربيِّ ليست يداً مُحتَرَمةً.

(**وإذا أسْلَمَ الحَرْبيُّ في دارِ الحَرْبِ، فَقَتَلَهُ مُسْلِمٌ عَمْداً أو خَطَأً ولَهُ وَرَثَةٌ مُسلِمُونَ هناكَ، فلا شَيْءَ عليه إلَّا الكَفَّارةُ في الخَطإ**).

وقال الشَّافعيُّ[1]: تجبُ الدِّيةُ في الخَطإِ والقِصاصُ في العَمْدِ؛ لأنَّه أراقَ دماً مَعصوماً؛ لِوُجُودِ العاصِمِ وهو الإسلامُ، لكونه مُستجلِباً للكرامة،

---

(١) قال النووي في الروضة (٢٦/٧) الكتب العلمية: فصل فيما إذا قتل إنساناً يَظنُّه على حالٍ وكان بخلافه، وفيه مسائل:
الأولى: قتَلَ مَن ظنَّه كافراً، بأن كان عليه زيُّ الكفَّار، أو رآه يُعظِّم آلهتهم، فبان مسلماً، نُظِر، إن كان ذلك في دارِ الحرب، فلا قصاص قطعاً، ولا ديةَ على الأظهر، وتجبُ الكفَّارةُ قطعاً، وإن كان في دار الإسلام، وجبت الدِّية والكفَّارة قطعاً، وكذا القصاص على الأظهر.
الثانية: قتَلَ مَن ظنَّه مرتدّاً أو حربيّاً، فإن عَهِده مرتدّاً، أو ظنَّ أنَّه لم يُسلم وكان أسلَم، فالنَّصُّ وجوبُ القِصاص، ونصٌّ فيما لو عَهِدَه ذميًّا أو عبداً، فقتله ظانّاً أنَّه لم يُسلِم، ولم يُعتَق، فبان خلافُهُ، أنَّه لا قصاص، وقيل: يجب القصاصُ في الجميع، لأنَّه ظنٌّ لا يُبيح القتلَ، والمذهبُ وجوبُ القصاص في الجميع. اهـ مختصراً.

وهذا[1] لأنَّ العصمةَ أصلُها المُؤثِمَةُ؛ لِحُصول أصلِ الزَّجر بها، وهي ثابتةٌ إجماعاً، والمُقوَّمةُ[2] كمالٌ فيه لِكمالِ الامتناعِ به، فيكون وَصْفاً فيه فتتعلَّقُ بما عُلِّق به الأصلُ.

ولنا: قوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النِّساء: ٩٢] الآية[3]، جَعَل التَّحريرَ كلَّ المُوجَب رُجوعاً إلى حرفِ الفاء، أو إلى كونِهِ كلَّ المذكور فينتفي غيرُهُ، ولأنَّ العصمة المُؤثِمَة بالآدميَّة[4]؛ لأنَّ الآدميَّ خُلِق مُتحمِّلاً أعباءَ التَّكليف، والقيامُ بها بِحُرمةِ التَّعرُّض، والأموالُ تابعةٌ لها.

أمَّا المقوَّمة[5] فالأصلُ فيها الأموالُ؛ لأنَّ التَّقوُّم يُؤذِن بِجَبْرِ الفائت، وذلك

---

(١) أي: وجوبُ الدِّيةِ في الخطأ والقصاصِ في العمدِ، إنَّما كان مَبنيَّاً على وُجُود العاصم الذي هو الإسلام؛ لأنَّ أصلَ العصمة هو العصمةُ المُؤثِمَةُ؛ لحصول أصلِ الزَّجر بها، أي: بالعصمة. وفي فتح القدير: ولو قال: «لحصول أصلِ الزَّجر به» أي: بالإثم لكان أحسَنَ.

(٢) قوله: «والمقومة ...» إلخ، بيانه: «و» العصمةُ «المُقوَّمةُ كمالٌ فيه» أي: في أصل العِصمة «لكمال الامتناع به» أي: التَّقويم على المُنتَهِك لها «فَتُعلَّق» هذه العصمةُ «بما عُلِّق به الأصل» أعني: المُؤثِمة. فتح القدير.

(٣) وجهُ الاستدلال بالآية: أنَّ الله تعالى ميَّز بين المؤمنِ الذي في دار الإسلام وبينَ المؤمنِ الذي هو مِنْ قوم عدوٍّ لنا في حقِّ الحُكم المُختصِّ بالقتل، فجَعَلَ الحُكمَ في الأوَّل الدِّيةَ والكفَّارةَ بقوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾ [النِّساء: ٩٢]، وفي الثاني الكفَّارةَ دونَ الدِّية وذلك من وجهين:
أحدهما: أنَّه ذُكِر بحرف الفاء، فإنَّه للجزاء، والجزاءُ اسمٌ لِما يكون كافياً، فإذا كان كافياً كان كلَّ المُوجَب ضرورةً.
الثاني: أنَّه كلُّ المذكور حيث لم يَذكُر غيره، وذلك يقتضي انتفاءَ غيرِهِ لأنَّ قصدَ الشَّارع في مثلِهِ إخراجُ العبدِ عن عُهدة الحكم المتعلِّق بالحادثة، ولا يتحقَّق ذلك إلا ببيان كلِّ الحكم بلا إخلال، فلو كان غيرُهُ من تتمَّة هذا الحكمِ لَذَكَره في موضع البيان. عناية.

(٤) أي: متعلِّقةٌ بالآدميَّة.

(٥) أي: العصمة المقوَّمة.

وَمَنْ قَتَلَ مُسلِماً خَطَأً لا وَلِيَّ لَهُ، أو قَتَلَ حَرْبِيّاً دَخَلَ إلينا بِأمانٍ فَأسْلَمَ، فَالدِّيَةُ على عاقِلَتِهِ لِلإمام، وعليه الكَفَّارةُ، وإنْ كانَ عَمْداً: فإنْ شاءَ الإمامُ قَتَلَهُ، وإنْ شاءَ أخَذَ الدِّيَةَ وليس له أنْ يَعْفُوَ.

في الأموالِ دونَ النُّفُوسِ؛ لأنَّ من شَرطِه التَّماثُل، وهو في المال دونَ النَّفس، فكانتِ النُّفوسُ تابِعَةً، ثمَّ العصمةُ المُقوَّمةُ في الأموالِ بالإحرازِ بالدَّارِ؛ لأنَّ العِزَّةَ بالمَنَعَةِ فكذلك في النُّفوس، إلَّا أنَّ الشَّرعَ أسقَطَ اعتبارَ مَنَعَةِ الكَفَرَة؛ لِما أنَّه أوجب إبطالَها.

والمرتدُّ والمُستأمَنُ في دارنا من أهل دارهِم حُكماً لِقَصدِهما الانتقالَ إليها.

(وَمَنْ قَتَلَ مُسلِماً خَطَأً لا وَلِيَّ لَهُ، أو قَتَلَ حَرْبِيّاً دَخَلَ إلينا بِأمانٍ فَأسْلَمَ، فَالدِّيَةُ على عاقِلَتِهِ لِلإمام، وعليه الكَفَّارةُ)؛ لأنَّه قَتَل نفساً معصومةً خطأً، فَتُعتَبَر بسائر النُّفوس المعصومةِ.

ومعنى قوله: «للإمام» أنَّ حقَّ الأخذِ له؛ لأنَّه لا وارثَ له.

(وإنْ كانَ عَمْداً: فإنْ شاءَ الإمامُ قَتَلَهُ، وإنْ شاءَ أخَذَ الدِّيَةَ)؛ لأنَّ النَّفسَ معصومةٌ، والقتلَ عمدٌ، والوليَّ معلومٌ، وهو العامَّةُ أو السُّلطان، قال ﷺ: «السُّلطانُ وليُّ مَن لا وَليَّ له[١]».

وقوله: «وإن شاءَ أخَذَ الدِّيةَ» معناه بطريقِ الصُّلح؛ لأنَّ مُوجَبَ العمدِ وهو القَودُ عَيناً[٢]، وهذا لأنَّ الدِّيَةَ أنفعُ في هذه المسألة من القَوَدِ، فلهذا كان له ولايةُ الصُّلح على المال، (وليس له أنْ يَعْفُوَ)؛ لأنَّ الحقَّ للعامَّة وولايتُه نظريَّةٌ، وليس من النَّظر إسقاطُ حقِّهم من غير عِوَض.

---

(١) تقدَّم في النكاح، انظر ص (٨) ت (٤).

(٢) أي: القصاص معيَّناً.

باب العشر والخراج

أرضُ العَرَبِ كُلُّها أرضُ عُشْرٍ، وهي ما بَيْنَ العُذَيبِ إلى أقصى حَجَرٍ بِاليَمَنِ بِمَهْرَةَ إلى حَدِّ الشَّام، والسَّوادُ أرضُ خَراجٍ، وهو ما بينَ العُذَيبِ إلى عُقْبَةِ حُلْوان، ومِنَ الثَّعلبيَّةِ - ويُقال: مِنَ العَلْثِ - إلى عَبَّادانٍ، ....

(باب العشر والخراج[1])

قال: (أرضُ العَرَبِ كُلُّها أرضُ عُشْرٍ، وهي ما بَيْنَ العُذَيبِ إلى أقصى حَجَرٍ بِاليَمَنِ بِمَهْرَةَ إلى حَدِّ الشَّام).

(والسَّوادُ أرضُ خَراجٍ، وهو ما بينَ العُذَيبِ إلى عُقْبَةِ حُلْوان، ومِنَ الثَّعلبيَّةِ ويُقال: مِنَ العَلْثِ إلى عَبَّادانٍ[2])؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ والخلفاءَ الرَّاشدين لم يأخذوا الخراجَ من أراضي العربِ، ولأنَّه بمنزلةِ الفَيْءِ فلا يَثْبُت في أراضيهم كما لا يَثْبُت في رقابهم، وهذا لأنَّ وَضْعَ الخراجِ من شَرطِه أن يُقَرَّ أهلُها على الكفرِ، كما في سوادِ العراقِ، ومُشرِكُو العربِ لا يُقبَلُ منهم إلَّا الإسلامُ أو السَّيف،

---

(١) «العُشرُ» بضمِّ العين أحدُ أجزاءِ العشرةِ. و«الخراج» اسمٌ لِما يَخرُج من غَلَّة الأرض أو الغلام، ثمَّ سُمِّي ما يأخذُهُ السُّلطان خراجاً، فيقال: أدَّى فلانٌ خراجَ أرضِهِ وأدَّى أهلُ الذِّمَّة خراجَ رؤوسهم، يعني: الجزية.

(٢) «العُذَيب» ماءٌ لتميم، و«الحَجَر» بمعنى الصخر، و«مَهْرَة» بالفتح والسُّكون اسمُ رجل، وقيل: اسمُ قبيلة يُنسَب إليها الإبلُ المَهْرية، سُمِّي ذلك المقامُ به، فيكون بِمَهرَة بدلاً من قوله باليمن، وهذا طولُها، ومِن يَبْرِين والدَّهْناءِ ورَمْلِ عالِج، أسماءُ مواضع، إلى مشارف الشَّام - أي: قراها - عرضُها.

و«السَّوادُ» أي: أراضي سواد العراق، أي: قُراها، سُمِّي بالسَّواد لِخُضرة أشجاره وزُرُوعه، وحَدُّه عرضاً من العُذَيب إلى عُقْبة حُلْوان، وهو اسمُ بلد، ومن الثَّعلبيَّة وهي منازل البادية، إلى عَبَّادان، وهو حِصنٌ صغيرٌ على شطِّ البحر، طولُه. وقيل: في موضع الثَّعلبيَّة العَلْث، بفتح العين وسكون اللام، وهي قريةٌ موقوفةٌ على العَلَويَّة، وهو أول العراق شرقي دجلة. عناية.

وأرضُ السَّوادِ مَمْلُوكَةٌ لأَهْلِها، يَجُوزُ بَيْعُهُم لَها وتَصَرُّفُهُم فيها. وكُلُّ أرضٍ أَسْلَمَ أَهْلُها أو فُتِحَتْ عَنْوَةً وقُسِمَتْ بينَ الغانِمِينَ، فَهِيَ أرضُ عُشْرٍ، وكلُّ أرضٍ فُتِحَتْ عَنْوَة فَأُقِرَّ أهلُها عليها فَهِيَ أرضُ خَراجٍ. وفي الجامِعِ الصَّغيرِ: كلُّ أرضٍ فُتِحَتْ عَنْوَةً فَوَصَلَ إليها ماءُ الأنهارِ فَهِيَ أرضُ خَراجٍ، وما لَمْ يَصِلْ إليها ماءُ الأنهارِ واستُخْرِجَ منها عَيْنٌ فَهِي أرضُ عُشْرٍ. ....

وعمرُ حين فتَحَ السَّوادَ وَضَعَ الخَراجَ عليها بِمَحضَرٍ من الصَّحابةِ، ووَضَعَ على مِصرَ حين افتَتَحَها عَمرو بنُ العاص، وكذا اجتمعتِ الصَّحابةُ على وَضْع الخراجِ على الشَّام.

قال: (وأرضُ السَّوادِ مَمْلُوكَةٌ لأَهْلِها، يَجُوزُ بَيْعُهُم لَها وتَصَرُّفُهُم فيها)؛ لأنَّ الإمامَ إذا فَتَحَ أرضاً عَنوةً وقهراً له أن يُقِرَّ أهلَها عليها، ويضَعَ عليها وعلى رؤوسهم الخَراجَ، فتبقى الأراضي مملوكةً لأهلها، وقد قدَّمناه من قبل[1].

قال: (وكُلُّ أرضٍ أَسْلَمَ أَهْلُها أو فُتِحَتْ عَنْوَةً وقُسِمَتْ بينَ الغانِمِينَ، فَهِيَ أرضُ عُشْرٍ)؛ لأنَّ الحاجةَ إلى ابتداءِ التَّوظيفِ على المُسلمِ، والعُشرُ أليَقُ به؛ لِما فيه من معنى العبادةِ، وكذا هو أخفُّ حيثُ يتعلَّقُ بنفسِ الخارجِ.

(وكلُّ أرضٍ فُتِحَتْ عَنْوَة فَأُقِرَّ أهلُها عليها فَهِيَ أرضُ خَراجٍ)، وكذا إذا صالَحَهم؛ لأنَّ الحاجةَ إلى ابتداءِ التَّوظيفِ على الكافرِ، والخَراجُ أليَقُ به، ومكَّةُ مخصوصةٌ من هذا، فإنَّ رسولَ الله ﷺ فَتَحها عَنوةً وتَرَكَها لأهلها، ولم يُوظِّف الخراجَ.

(وفي الجامِعِ الصَّغيرِ: كلُّ أرضٍ فُتِحَتْ عَنْوَةً فَوَصَلَ إليها ماءُ الأنهارِ فَهِيَ أرضُ خَراجٍ، وما لَمْ يَصِلْ إليها ماءُ الأنهارِ واستُخْرِجَ منها عَيْنٌ فَهِي أرضُ عُشْرٍ[2])؛ لأنَّ العُشرَ يتعلَّق بالأرضِ النَّاميةِ، ونَماؤها بمائها، فَيُعتَبَر السَّقيُ بماءِ العُشر أو بماءِ الخَراج.

---

(١) يعني: في أول باب الغنائم.

(٢) يعني: سواءٌ قُسِمت بين الغانمين أو أُقِرَّ أهلُها عليها.

وَمَنْ أَحيا أرضاً مَواتاً فَهِي عندَ أبي يوسف مُعتَبَرَةٌ بِحَيِّزِها، فإنْ كانتْ مِنْ حَيِّزِ أرضِ الخَراجِ فهي خَراجِيَّةٌ، وإنْ كانتْ مِنْ حَيِّز أرضِ العُشرِ فَهِي عُشريَّةٌ، والبَصْرَةُ عِندَهُ عُشرِيَّةٌ بإجماعِ الصَّحابةِ، وقال محمد: إنْ أحياها بِبِئْرٍ حَفَرَها، أو بِعَينٍ اسْتَخرَجَها، أو ماءِ دَجْلَةَ، أو الفُراتِ، أو الأنهارِ العِظامِ التي لا يَملِكُها أحَدٌ، فَهِيَ عُشْرِيَّةٌ، وإنْ أحياها بِماءِ الأنهارِ التي احْتَفَرَها الأعاجِمُ فهي خَراجِيَّةٌ. ....

قال: (وَمَنْ أَحيا أرضاً مَواتاً فَهِي عندَ أبي يوسف مُعتَبَرَةٌ بِحَيِّزِها، فإنْ كانتْ مِنْ حَيِّزِ أرضِ الخَراجِ) ومعناه: بِقُربها (فهي خَراجِيَّةٌ، وإنْ كانتْ مِنْ حَيِّزِ أرضِ العُشرِ فَهِي عُشريَّةٌ، والبَصْرَةُ عِندَهُ عُشرِيَّةٌ بإجماعِ الصَّحابةِ)؛ لأنَّ حيِّزَ الشَّيءِ يُعطى له حُكمُه، كَفِناءِ الدَّارِ يُعطى له حُكمُ الدَّار[1]، حتَّى يجوزُ لصاحبها الانتفاعُ به. وكذا لا يَجوزُ أخذُ ما قَرُب من العامرِ.

وكان القياسُ في البَصرةِ أن تكونَ خراجيَّةً؛ لأنَّها من حيِّزِ أرضِ الخراجِ، إلَّا أنَّ الصَّحابةَ وَظَّفوا عليها العُشرَ، فَتُرِكَ القياسُ لإجماعِهِم.

(وقال محمد: إنْ أحياها بِبِئْرٍ حَفَرَها، أو بِعَينٍ اسْتَخرَجَها، أو ماءِ دَجْلَةَ، أو الفُراتِ، أو الأنهارِ العِظامِ التي لا يَملِكُها أحَدٌ، فَهِيَ عُشْرِيَّةٌ)، وكذا إنْ أحياها بماءِ السَّماءِ.

(وإنْ أحياها بِماءِ الأنهارِ التي احْتَفَرَها الأعاجِمُ)، مثلُ نهرِ المَلِكِ ونهرِ يَزْدَجِرد (فهي خَراجِيَّةٌ)؛ لِما ذكرنا من اعتبارِ الماءِ، إذ هو السَّببُ لِلنَّماء، ولأنَّه لا يُمكِنُ توظيفُ الخَراجِ ابتداءً على المُسلمِ كُرْهاً، فَيُعتَبَرُ في ذلك الماءُ؛ لأنَّ السَّقيَ بماءِ الخراجِ دلالةُ التزامِهِ.

---

(١) يعني: فناء الدَّارِ يُعطى له حُكمُ الدَّارِ في حقِّ الانتفاعِ وإن لم يكن الفناءُ مَملُوكاً لصاحبِ الدَّارِ لاتِّصالِهِ بملكِهِ، فكذا هاهنا تُعطى هذه الأرض المُحياةُ حُكمَ جِوارِها لاتِّصالها به. عناية.

والخَراجُ الذي وَضَعَهُ عُمَرُ على أهلِ السَّوادِ، مِنْ كلِّ جَرِيبٍ يَبْلُغُهُ الماءُ قَفيزٌ هاشميٌّ، وهو الصَّاعُ ودِرهَمٌ، ومِنْ جَرِيبِ الرَّطْبَةِ خَمسَةُ دراهِمَ، ومِنْ جَرِيبِ الكَرْمِ المُتَّصِلِ والنَّخيلِ المُتَّصِلِ عَشَرَةُ دراهمَ، وما سِوَى ذلكَ مِنْ الأصنافِ كالزَّعفَرانِ والبُستانِ وغَيرِهِ، يُوضَعُ عليها بِحَسَبِ الطَّاقَةِ، ....

قال: (والخَراجُ الذي وَضَعَهُ عُمَرُ على أهلِ السَّوادِ، مِنْ كلِّ جَرِيبٍ[1] يَبْلُغُهُ الماءُ قَفيزٌ هاشميٌّ، وهو الصَّاعُ ودِرهَمٌ، ومِنْ جَرِيبِ الرَّطْبَةِ خَمسَةُ دراهِمَ[2]، ومِنْ جَرِيبِ الكَرْمِ المُتَّصِلِ[3] والنَّخيلِ المُتَّصِلِ عَشَرَةُ دراهمَ)، وهذا هو المنقولُ عن عمر، فإنَّه بَعَث عثمانَ بنَ حنيف حتَّى يمسَحَ سوادَ العراقِ، وجَعَلَ حذيفةَ مُشرِفاً عليه، فمسَحَ فبَلَغَ سِتّاً وثلاثين ألفَ ألفِ جَرِيبٍ، ووَضَعَ على ذلك ما قلنا، وكان ذلك بِمَحضَرٍ من الصَّحابة من غيرِ نكيرٍ، فكان إجماعاً منهم.

ولأنَّ المُؤَنَ مُتفاوِتةٌ، فالكَرْمُ أخفُّها مُؤْنَةً، والمَزارعُ أكثَرُها مُؤْنةً، والرِّطابُ بينهما، والوظيفةُ تتفاوتُ بتفاوُتِها، فَجُعِلَ الواجبُ في الكَرْم أعلاها، وفي الزَّرع أدناها، وفي الرَّطبةِ أوسَطَها.

قال: (وما سِوَى ذلكَ مِنْ الأصنافِ كالزَّعفَرانِ والبُستانِ وغَيرِهِ، يُوضَعُ عليها بِحَسَبِ الطَّاقَةِ)؛ لأنَّه ليس فيه توظيفُ عمرَ، وقد اعتبَر الطَّاقةَ في ذلك فنَعتَبِرُها فيما لا تَوظيفَ فيه. قالوا: ونهايةُ الطَّاقة أن يبلغَ الواجبُ نصفَ الخارجِ لا يُزادُ عليه؛ لأنَّ التَّنصيفَ عينُ الإنصافِ؛ لِما كان لنا أن نُقسِّم الكلَّ بين الغانمين.

والبستانُ: كلُّ أرضٍ يَحُوطُها حائطٌ وفيها نَخيلٌ مُتفرِّقةٌ وأشجارٌ أُخَر. وفي ديارنا وَظَّفوا من الدَّراهم في الأراضي كلِّها وتُرِك كذلك؛ لأنَّ التَّقديرَ

---

(١) المرادُ من الجَرِيبِ أرضٌ طُولُها سِتُّونَ ذراعاً وعَرْضُها كذلك، بذراعِ المَلِكِ كسرى، وهو يَزِيدُ على ذراعِ العامَّةِ بِقَبضةٍ، فهو سبعُ قَبَضاتٍ؛ لأنَّ ذراعَ العامةِ سِتٌّ. فتح.

(٢) أي: ولا شيء فيه من الخارج. فتح.

(٣) المتَّصلُ ما يصلُ بعضُها ببعضٍ على وجهٍ تكونُ كلُّ الأرضِ مشغولةً بها بناية.

فإنْ لم تُطِقْ ما وُضِعَ عليها نَقَصَهُمُ الإمامُ. وإنْ غَلَبَ على أرضِ الخَراجِ الماءُ، أو انقَطَعَ الماءُ عنها، أو اصْطَلَمَ الزَّرعَ آفَةٌ، فلا خَراجَ عليه، ....

يَجِب أن يكون بِقَدْرِ الطَّاقة من أيِّ شيء كان.

قال: (فإنْ لم تُطِقْ ما وُضِعَ عليها نَقَصَهُمُ الإمامُ)، والنُّقصانُ عند قلَّةِ الرَّيعِ[1] جائزٌ بالإجماع، ألا ترى إلى قول عمر: لعلَّكما حمَّلتما الأرضَ ما لا تُطيق، فقالا: لا، بل حمَّلناها ما تُطيقُ، ولو زِدْنا لأطاقت[2]. وهذا يدلُّ على جوازِ النُّقصانِ.

وأمَّا الزِّيادةُ عند زيادةِ الرَّيع يجوزُ عند محمَّد اعتباراً بالنُّقصانِ، وعند أبي يوسف لا يجوزُ؛ لأنَّ عمرَ لم يَزِد حينَ أُخبِرَ بزيادة الطَّاقة.

(وإنْ غَلَبَ على أرضِ الخَراجِ الماءُ، أو انقَطَعَ الماءُ عنها، أو اصْطَلَمَ الزَّرعَ آفَةٌ[3]، فلا خَراجَ عليه)؛ لأنَّه فات التَّمكُّنُ من الزِّراعة[4]، وهو النَّماءُ التَّقديريُّ المُعتَبَرُ في الخراج، وفيما إذا اصطَلَمَ الزَّرعَ آفةٌ فاتَ النَّماءُ التَّقديريُّ في بعض الحولِ، وكونُهُ نامياً في جميعِ الحولِ شرطٌ كما في مال الزَّكاة، أو يُدارُ الحكمُ على الحقيقة عند خروجِ الخارجِ[5].

---

(١) «الرَّيعُ» النَّماءُ والزِّيادةُ، والمرادُ به هنا «الغَلَّةُ».

(٢) أخرج البخاري في فضائل الصحابة، باب: قصة البيعة والاتفاق على عثمان بن عفان رضي الله عنه (٣٤٩٧) عن عَمرو بن ميمون قال: رأيتُ عمرَ بنَ الخطَّاب رضي الله عنه قبلَ أن يُصابَ بأيَّامٍ بالمدينة، وقَفَ على حُذيفةَ بنِ اليمانِ وعثمانَ بنِ حنيف قال: كيف فَعَلتُما، أتخافانِ أن تكونا قدْ حمَّلتُما الأرضَ ما لا تُطيق؟ قالا: حمَّلناها أمراً هي له مُطيقَةٌ، ما فيها كبيرُ فضلٍ. قال: انظرا أن تكونا حمَّلتُما الأرضَ ما لا تُطيقُ، قالا: لا، فقال عمر: لئن سلَّمني اللهُ لأدَعَنَّ أراملَ أهلِ العراقِ لا يَحتَجْنَ إلى رجلٍ بعدي أبداً ... الحديث.

(٣) أي: استأصله.

(٤) أي: فاتَ التَّمكُّنُ من الزِّراعةِ في حالَتَي غلبةِ الماءِ على أرضِ الخَراجِ، وانقطاعِ الماءِ عنها.

(٥) يعني: أنَّ النَّماءَ التَّقديريَّ كان قائماً مَقامَ الحقيقيِّ، فلمَّا وُجِد الحقيقيُّ تعلَّقَ الحكمُ به لكونِهِ الأصلَ، وقد هَلَكَ فَيَهلِكُ معه الخراج. عناية.

وإنْ عَطَّلَها صاحِبُها فَعلَيهِ الخَراجُ. ومَنْ أسْلَمَ مِنْ أهلِ الخَراجِ أُخِذَ منهُ الخَراجُ على حالِهِ. ويَجُوزُ أنْ يَشتَرِيَ المُسلِمُ أرضَ الخَراجِ مِنَ الذِّمِّيِّ ويُؤخَذُ منه الخَراجُ.

قال: (وإنْ عَطَّلَها صاحِبُها فَعلَيهِ الخَراجُ)؛ لأنَّ التَّمكُّنَ كان ثابتاً، وهو الذي فوَّته[١].

قالوا: مَن انتقَلَ إلى أخسِّ الأمرين من غير عذرٍ، فعليهِ خراجُ الأعلى؛ لأنَّه هو الذي ضيَّع الزِّيادةَ، وهذا يُعرَفُ ولا يُفتَى به، كي لا يتجرَّأ الظَّلمةُ على أخذِ أموالِ النَّاس.

(ومَنْ أسْلَمَ مِنْ أهلِ الخَراجِ أُخِذَ منهُ الخَراجُ على حالِهِ)؛ لأنَّ فيه معنى المُؤْنةِ، فَيُعتَبَر مُؤْنةً في حالةِ البقاءِ، فأمكَنَ إبقاؤُه على المسلم.

(ويَجُوزُ أنْ يَشتَرِيَ المُسلِمُ أرضَ الخَراجِ مِنَ الذِّمِّيِّ ويُؤخَذُ منه الخَراجُ)؛ لِما قلنا[٢]، وقد صحَّ أنَّ الصَّحابةَ اشتَرَوا أراضي الخراجِ وكانوا يُؤدُّون خَراجَها[٣]،

(١) هذا بِشَرطِ التَّمكُّنِ كما يُفيدُ قوله: «لأنَّ التَّمكُّنَ كان ثابتاً»، فأمَّا إذا لم يتمكَّن لعدمِ قوَّتِهِ وأسبابه، فللإمامِ أن يَدفَعَها لغيرِهِ مُزارعةً ويأخذُ الخَراجَ من نصيبِ المالكِ ويُعطيه الباقي، أو يُؤجِّرَها ويأخُذَ الخراجَ من الأجرةِ، أو يَزرَعَها بنفقةٍ من بيتِ المال، فإن لم يتمكَّنْ من ذلك ولم يَجِدْ مَن يَقبلُ ذلك باعَها، وأخَذَ مِن ثَمنِها خراجَ السَّنةِ المُنسَلِخةِ ودفَعَ باقي الثَّمنِ لصاحِبِها، ثمَّ استمرَّ يأخذُ الخَراجَ من المشتري. فتح.

(٢) من أنَّ فيه المَؤُنةَ، والمسلمُ من أهلِ المَؤُنةِ كالعُشر، والأرضُ لا تَخلُو منها، فإبقاءُ ما تقرَّر واجباً أولى. فتح.

(٣) قال البيهقي في كتاب المعرفة: قال أبو يوسف: القولُ ما قاله أبو حنيفة: إنَّه كان لابن مسعود، وخَبَّابِ بن الأرت، والحسينِ بن عليٍّ، ولِشُريح أرضُ الخَراجِ، حدَّثنا مُجالدُ بنُ سعيدٍ عن عامرٍ عن عُتبةَ بنِ فَرقدٍ السُّلَمي، أنَّه قال لعمر بن الخطاب: إنِّي اشتريتُ أرضاً من أرضِ السَّوادِ، فقال عمر: أنت فيها مِثلُ صاحِبِها. اهـ

وأخرج ابن أبي شيبة في السير، باب: ما قالوا في الرجل من أهل الذمة يسلم من قال يرفع عنه الجزية (٣٢٩٤٣)، وعبد الرزاق في أهل الكتاب، باب: ما أخذ من الأرض عنوة (١٠١٣٢) عن طارقِ بنِ شهاب أنَّ دهقانة من أهل نهر المَلِكِ أسلَمَت، فقال عمر: ادفَعُوا إليها أرضها تُؤدِّي عنها الخراج. =

ولا عُشْرَ في الخارجِ مِنْ أرضِ الخَراجِ، ....

فدلَّ على جوازِ الشِّراءِ وأخذِ الخَراجِ وأدائهِ للمسلم من غيرِ كراهةٍ.

(ولا عُشْرَ في الخارجِ مِنْ أرضِ الخَراجِ)، وقال الشَّافعيُّ[1]: يُجمَع بينهما؛ لأنَّهما حقَّان مختلفان وَجَبا في محلَّين بِسَببينِ مُختلِفين، فلا يتنافيان.

ولنا: قولُهُ ﷺ: «لا يَجتمِع عُشرٌ وخَراجٌ في أرض مُسلِم»[2]، ولأنَّ أحداً من أئمَّةِ العَدْلِ والجَوْرِ لم يَجمَعْ بينهما، وكفى بإجماعهم حُجَّة[3]؛ ولأنَّ الخراجَ

= وأخرج برقم (٣٢٩٤٢) عن محمد بن عبيد الله الثَّقفي عن عمر وعليٍّ قالا: إذا أسلم وله أرضٌ وَضَعْنا عنه الجِزيةَ وأخَذْنا خَراجَها.

(١) قال في المجموع (٥/ ٥٤٣) دار الفكر: فرع في مذاهب العلماء في اجتماع العُشر والخراجِ، مذهبُنا اجتماعُهُما، ولا يمنعُ أحدُهُما وجوبَ الآخرِ، وبه قال جمهورُ العلماءِ، قال ابنُ المُنذرِ هو قولُ أكثرِ العلماء. اهـ.

(٢) قال الزيلعي (٣/ ٤٤٢): رواه ابن عدي في الكامل عن يحيى بن عنبسة ثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يَجتمِعُ على مسلمٍ خراجٌ وعُشرٌ».
قال ابن عدي: يحيى بن عنبسة مُنكَرُ الحديثِ، وإنَّما يُروى هذا من قولِ إبراهيم، وقد رواه أبو حنيفة عن حمَّاد عن إبراهيم من قوله، فجاء يحيى بن عنبسة فأبطَلَ فيه، ووَصَلَه إلى النَّبيِّ ﷺ، ويحيى بن عنبسة مكشوفُ الأمرِ في ضَعفِهِ، لرواياته عن الثِّقات الموضوعات، انتهى.
وقال ابن حبان: ليس هذا من كلامِ رسولِ الله ﷺ، ويحيى بن عنبسة دجَّالٌ يضَعُ الحديث، لا تَحِلُّ الرِّوايةُ عنه.
وقال الدارقطني: يحيى هذا دجَّالٌ يَضَعُ الحديثَ، وهو كَذَبَ على أبي حنيفة ومَن بعدَهُ إلى رسول الله ﷺ، وذكره ابن الجوزي في الموضوعات، وقال البيهقي: هو حديثٌ باطل، ويحيى هذا متَّهمٌ بالوضع.
وأخرج ابن أبي شيبة في الزكاة، باب: من قال لا يجتمع خراج وعشر على أرض (١٠٦٠٨) عن الشَّعبيِّ قال: «لا يجتمع خراجٌ وعُشرٌ في أرض»، وعن عكرمة (١٠٦٠٩) قال: «لا يجتمع خراجٌ وعشرٌ في مال».
قال الكمال في الفتح: حاصلُ هذا كما ترى ليس إلَّا نَقْلَ مذهبِ بَعضِ التَّابعين، ولم يرفعوه فيكونَ حديثاً مُرسَلاً.

(٣) فيه أنَّ ابنَ المنذر نَقَلَ الجَمْعَ في الأخذِ عن عمر بنِ عبد العزيز، فلم يَتِمَّ. فتح.

ولا يَتكَرَّرُ الخَراجُ بِتَكَرُّرِ الخارجِ في سَنَةٍ.

يجب في أرضٍ فُتِحت عَنوةً قهراً، والعُشرُ في أرضٍ أسلَمَ أهلُها طَوعاً، والوصفانِ لا يَجتمِعان في أرضٍ واحدةٍ، وسببُ الحَقَّين واحدٌ، وهو الأرضُ النَّاميةُ، إلَّا أنَّه يُعتَبَر في العُشرِ تحقيقاً وفي الخَراج تقديراً، ولهذا يُضافان إلى الأرض، وعلى هذا الخلافِ الزَّكاةُ مع أحدهما[1].

(ولا يَتكَرَّرُ الخَراجُ بِتَكَرُّرِ الخارج في سَنَةٍ)؛ لأنَّ عمرَ لم يُوظِّفه مُكرَّراً[2]، بخلافِ العُشرِ؛ لأنَّه لا يتحقَّقُ عُشراً إلَّا بِوُجوبِهِ في كلِّ خارج، والله أعلم.

---

(١) أي: العُشر أو الخَراج. صورته: رجلٌ اشترى أرضَ عُشرٍ أو خراجٍ للتِّجارة، لم يكن عليه زكاةُ التِّجارة مع العُشر أو الخراج عندنا، وعند محمد: عليه زكاةُ التِّجارة مع العُشر أو الخراج.

(٢) أخرج ابن أبي شيبة في الزكاة، باب: من كان لا يرى العشور في السنة إلا مرة (١٠٥٨٨) عن زياد بن حدير قال: استعمَلَني عمرُ على المارَّةِ، فكنتُ أعشِّرُ من أقبَلَ وأدبَرَ، فخرج إليه رجلٌ فأعلَمَه، فكتبَ إليَّ أن لا تُعشِّر إلَّا مرَّةً واحدةً، يعني: في السَّنة.

وأخرج في باب: من قال لا تؤخذ الصدقة في السنة إلا مرة واحدة (١٠٧٣٢) عن الزُّهريِّ قال: لم يَبلُغنا من أحدٍ من وُلاةِ هذه الأمَّةِ الذين كانوا بالمدينة أبو بكر وعمر وعثمان أنَّهم كانوا يُثنُّون العُشور، لكن يَبعثُون عليها كلَّ عام في الخَصبِ والجَدْبِ؛ لأنَّ أخذَها سنَّةٌ عن رسول الله ﷺ.

باب الجزية

وهِيَ على ضَرْبَينِ: جِزيَةٌ تُوضَعُ بِالتَّراضِي والصُّلْحِ، فَتَتَقَدَّرُ بِحَسَبِ ما يَقَعُ عليه الاتِّفاقُ، وجِزْيَةٌ يَبتَدِئُ الإمامُ وَضْعَها. إذا غَلَبَ الإمامُ على الكُفَّارِ وأقَرَّهُم على أملاكِهِم، فَيَضَعُ على الغَنِيِّ الظَّاهِرِ الغِنَى في كلِّ سنةٍ ثَمانيةً وأربَعِينَ دِرْهماً، يَأخُذُ مِنْهم في كلِّ شَهرٍ أربعَةَ دَراهِم، ....

(باب الجزية[1])

(وهِيَ على ضَرْبَينِ: جِزيَةٌ تُوضَعُ بِالتَّراضِي والصُّلْحِ، فَتَتَقَدَّرُ بِحَسَبِ ما يَقَعُ عليه الاتِّفاقُ)، كما صالَحَ رسولُ الله ﷺ أهلَ نَجْران على ألفٍ ومائتي حُلَّة[2]، ولأنَّ المُوجِب هو التَّراضي[3]، فلا يجوزُ التَّعدِّي إلى غيرِ ما وَقَعَ عليه الاتِّفاق.

(وجِزْيَةٌ يَبتَدِئُ الإمامُ وَضْعَها إذا غَلَبَ الإمامُ على الكُفَّارِ وأقَرَّهُم على أملاكِهِم، فَيَضَعُ على الغَنِيِّ الظَّاهِرِ الغِنَى في كلِّ سنةٍ ثَمانيةً وأربَعِينَ دِرْهماً، يَأخُذُ مِنْهم في كلِّ شَهرٍ أربعَةَ دَراهِم، ....

---

(١) «الجزية» اسمٌ لِما يُؤخَذُ من أهلِ الذِّمَّةِ، والجمعُ «الجِزَى» كاللِّحيةِ واللِّحَى.
وإنَّما سُمِّيت بها لأنَّها تُجزي عن الذِّمِّي، أي: تقضي وتكفي عن القتل، فإنَّه إذا قَبِلَها سَقَطَ عنه القتلُ، قال الله تعالى ﴿قَـٰتِلُوا۟ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ﴾ [التّوبَة: ٢٩] إلى قوله ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَـٰغِرُونَ﴾ [التّوبَة: ٢٩]. عناية.

(٢) أخرج أبو داود في الخراج، باب: في أخذ الجزية (٣٠٤١) عن ابن عباس قال: صالَحَ رسولُ الله ﷺ أهلَ نَجرانَ على ألفي حُلَّةٍ، النِّصفُ في صَفَر، والبَقيَّةُ في رجب يُؤدُّونَها إلى المسلمين، وعاريَّةِ ثلاثين درعاً وثلاثين فَرَساً وثلاثين بعيراً وثلاثينَ من كلِّ صنفٍ من أصناف السِّلاح، يَغزُون بها والمسلمون ضامنونَ لها حتَّى يَردُّوها عليهم إن كان باليمن كيدٌ أو غَدرَةٌ، على أنَ لا تُهدَمَ لهم بِيعَةٌ ولا يُخرَجَ لهم قِسٌّ، ولا يُفتَنوا على دينهم، ما لم يُحدِثُوا حَدَثاً أو يأكلوا الرِّبا.
والذي ذكره المصنِّفُ غيرُ موافقٍ للحديث. بناية.

(٣) أي: المُوجِب لتقريرِ ما وَقَع عليه الاتِّفاق من المال هو التَّراضي، لا المُوجِب لِوُجوب الجِزية، فإنَّ مُوجِبَه في الأصل اختيارُهُم البقاءَ على الكُفر بعد أن غُلِبوا.

وعلى وَسَطِ الحالِ أربعَةً وعِشرينَ دِرْهَماً في كلِّ شَهرٍ دِرْهَمَينِ، وعلى الفَقيرِ المُعْتَمِلِ اثني عَشَرَ دِرْهماً في كلِّ شَهرٍ دِرْهماً. ....

وعلى وَسَطِ الحالِ أربعَةً وعِشرينَ دِرْهَماً في كلِّ شَهرٍ دِرْهَمَينِ، وعلى الفَقيرِ المُعْتَمِلِ اثني عَشَرَ دِرْهماً في كلِّ شَهرٍ دِرْهماً)، وهذا عندنا.

وقال الشَّافعيُّ: يضعُ على كلِّ حالِمٍ ديناراً أو ما يَعدِلُ الدِّينارَ، والغَنيُّ والفقيرُ في ذلك سواء؛ لقوله ﷺ لمعاذ: «خُذْ من كلِّ حالِمٍ وحالِمَةٍ ديناراً أو عَدْلَه مَعَافِرَ[1]»[2] من غير فَصلٍ. ولأنَّ الجزيةَ إنَّما وَجبت بدلاً عن القتلِ، حتَّى لا تجبُ على مَن لا يَجوزُ قَتْلُهُ بسبب الكفرِ كالذَّراري والنِّسوان، وهذا المعنى يَنتظِمُ الفقيرَ والغنيَّ.

ومَذهبُنا منقولٌ عن عمر وعثمان وعليٍّ، ولم يُنكِر عليهم أحدٌ من المهاجرين والأنصار؛ ولأنَّه وجَبَ نُصرةً للمقاتِلَة، فتجبُ على التَّفاوتِ بمنزلةِ خراجِ الأرضِ.

وهذا[3] لأنَّه وَجَب بدلاً عن النُّصرةِ بالنَّفسِ والمالِ، وذلك يَتفاوتُ بِكثرةِ

---

(١) عَدْل الشَّيء - بفتح العين - مِثلُه إذا كان من خلاف جنسه، وبالكسر مِثلُه من جنسه.
قوله: «معافر» الأصل أن يقال: ثوبٌ مَعَافري، منسوبٌ إلى مَعَافر بن مر، ثمَّ صار له اسماً بغير نسبة.
والتَّقدير: أو خُذْ مثلَ دينارٍ بُرْداً من هذا الجنس.

(٢) أخرج الترمذي في الزكاة، باب: زكاة البقر (٦٢٣)، وأبو داود في الزكاة، باب: في زكاة السَّائمة (١٥٧٦)، والنسائي في الصغرى، في الزكاة، باب: زكاة البقر (٢٤٥٠) عن معاذ بن جبل قال: بعثني النَّبيُّ ﷺ إلى اليمن، فأمرني أن آخُذَ من كلِّ ثلاثين بقرةً تَبيعاً أو تبيعةً، ومِن كلِّ أربعين مُسِنَّةً، ومن كلِّ حالم ديناراً أو عَدلَهُ مَعافِر»، قال أبو عيسى: هذا حديث حسن.

(٣) إشارة إلى قوله: «ولأنَّه وَجَب نُصرَةً للمُقاتِلَة»، يعني: وإنَّما قلنا: إنَّ الجزيةَ وجبَتْ نُصرةً للمقاتِلَةِ؛ لأنَّها تجبُ بَدَلاً عن النُّصرةِ للمسلمين بِبَذلِ النَّفسِ والمالِ؛ لأنَّ كلَّ مَن كان من أهلِ دارِ الإسلامِ تَجبُ عليه النُّصرةُ للدَّارِ بالنَّفسِ والمال، قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ تِجَٰرَةٍ تُنجِيكُم مِّنْ عَذَابٍ أَلِيمٍ ۝١٠ تُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ وَتُجَٰهِدُونَ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ بِأَمْوَٰلِكُمْ وَأَنفُسِكُمْ ۚ ذَٰلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ ۝١١﴾، لكن الكافرُ لمَّا لم =

وتُوضَعُ الجِزيَةُ على أهلِ الكتابِ والمَجُوسِ وعَبَدَةِ الأوثانِ مِنَ العَجَمِ، ....

الوَفْرِ وقِلَّته، فكذا ما هو بدَلُه، وما رواه محمولٌ على أنَّه كان ذلك صلحاً، ولهذا أمَرَه بالأخذِ من الحالِمَةِ وإن كانت لا يُؤخَذُ منها الجزيةُ.

قال: (وتُوضَعُ الجِزيَةُ على أهلِ الكتابِ والمَجُوسِ)؛ لقوله تعالى: ﴿مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ حَتَّىٰ يُعْطُواْ ٱلْجِزْيَةَ﴾ [التوبة: ٢٩] الآية، ووَضَعَ رسولُ الله ﷺ الجزيةَ على المجوس[(١)].

قال: (وعَبَدَةِ الأوثانِ مِنَ العَجَمِ[(٢)])، وفيه خلاف الشَّافعي[(٣)]، هو يقول: إنَّ القتالَ واجبٌ؛ لقوله تعالى: ﴿وَقَٰتِلُوهُمْ﴾ [البقرة: ١٩٣] إلَّا أنَّا عرفنا جوازَ تركِهِ في حقِّ أهلِ الكتاب بالكتاب، وفي حقِّ المجوسِ بالخبرِ، فبقي مَن وراءَهُم على الأصلِ.

= يَصلُحْ لِنُصرتِنا لِمَيلِهِ إلى دارِ الحربِ اعتقاداً قامَ الخراجُ المأخوذُ منه المُصروفُ إلى الغُزاةِ، مَقامَ النُّصرةِ بالنَّفسِ، ثمَّ النُّصرةُ من المُسلمِ تتفاوتُ إذِ الفقيرُ يَنصُرُ دارنا راجلاً، ومُتوسِّطُ الحالِ يَنصُرُها راكباً وراجلاً، والمُوسِرُ بالرُّكوبِ بنفسِهِ وإركابِ غيرِهِ. عناية.

(١) أخرج البخاري في أبواب الجزية والموادعة، باب: الجزية والموادعة مع أهل الذمة والحرب (٢٩٨٧) عن بَجالةَ قال: كنتُ كاتباً لِجَزْءِ بنِ معاويةَ عمِّ الأحنفِ، فأتانا كتابُ عمرَ بنِ الخطَّابِ قبلَ موتِهِ بسنةٍ: فرِّقوا بين كلِّ ذي مَحرَمٍ من المَجوسِ، ولم يكن عمرُ أخَذَ الجِزيةَ من المجوس حتَّى شَهِدَ عبدُ الرَّحمن بنُ عوف أنَّ رسولَ الله ﷺ أخذَها من مَجوسِ هَجَر.

(٢) قيَّد بقوله: «من العَجَم» احترازاً عن عبدة الأوثان من العرب، فإنَّه لا تُوضَع عليهم الجزيةُ على ما ذَكر في الكتاب. عناية.

(٣) قال الماوردي في الحاوي (١٤/ ١٥٣) الكتب العلمية: وأمَّا من ليس بأهل كتابٍ ولا لهم شُبهةُ كتابٍ فهم أهلُ الأوثانِ ومَن عبَدَ ما استَحسَنَ من الشَّمسِ والنَّار ، فلا يجوزُ أن تُقبَلَ جِزيَتُهم، ولا تُؤكَل ذبائِحُهم، ولا تُنكَح نساؤهم، سواء كانوا عَرَباً أو عجماً، ويُقاتَلوا حتَّى يُسلِموا أو يُقتلوا. اهـ.

وإنْ ظُهِرَ عليهم قبْلَ ذلك فهُمْ وَنساؤُهم وَصِبيانُهُم فَيءٌ، ولا تُوضَعُ على عَبَدَةِ الأوثانِ مِنَ العَرَبِ ولا المُرتَدِّينَ، وإذا ظُهِرَ عليهم فَنِساؤُهُم وَصِبيانُهُم فَيْءٌ،

ولنا: أنَّه يَجوزُ استرقاقُهُم، فيجوزُ ضَرْبُ الجزيةِ عليهم، إذْ كلُّ واحدٍ منهما[١] يَشتمِلُ على سَلْبِ النَّفسِ منهم، فإنَّه يَكتسِبُ ويُؤدِّي إلى المسلمين ونفقَتُهُ في كَسْبِه[٢].

(وإنْ ظُهِرَ عليهم[٣] قَبْلَ ذلك فَهُمْ وَنِساؤُهم وَصِبيانُهُم فَيءٌ)؛ لجواز استرقاقهم.

(ولا تُوضَعُ على عَبَدَةِ الأوثانِ مِنَ العَرَبِ ولا المُرتَدِّينَ)؛ لأنَّ كُفرَهما قد تَغلَّظ، أمَّا مُشرِكُو العربِ فلأنَّ النَّبيَّ ﷺ نَشَأ بينَ أظهُرِهِم والقرآنُ نزل بِلُغَتِهم، فالمُعجِزةُ في حقِّهِم أظهَرُ.

وأمَّا المرتدُّ؛ فلأنَّه كفَرَ بربِّه بعدما هُدِي للإسلام ووَقَفَ على مَحاسِنِه، فلا يُقبَلُ من الفَريقينِ إلَّا الإسلامُ أو السَّيفُ زيادةً في العقوبة.

وعند الشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ[٤]: يُستَرَقُّ مُشرِكو العرب، وجوابُهُ ما قلنا[٥].

(وإذا ظُهِرَ عليهم فَنِساؤُهُم وَصِبيانُهُم فَيْءٌ)؛ لأنَّ أبا بكر الصِّديق رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ استرقَّ نِسوانَ بني حنيفة وصِبيانَهم لَمَّا ارتدُّوا وقَسَمَهم بين الغانمين[٦]، ....

---

(١) أي: من الاسترقاق والجزية.

(٢) فكان أداءُ كَسبِه إلى المسلمين في معنى أخذِ النَّفسِ منه حكماً، وهو معنى قوله: «ونفقته في كسبه» أي: والحال أن نفقته في كسبه الذي هو سبب حياته، وفيه معنى سلبُ النَّفس. بناية.

(٣) أي: على مَن تقدَّم ذِكرُهم من أهل الكتاب والمجوسِ وعبدةِ الأوثان من العجم. قوله: «قبل ذلك» أي: قبل وضع الجزية. وقوله: «فهم فَيءٌ» غنيمةٌ، وللإمام الخيارُ بين الاسترقاق وضرب الجزية.

(٤) قال النووي في الروضة (٧/ ٤٥١) دار الكتب العلمية: وسواءٌ في الاسترقاقِ كان الأسيرُ كتابياً أو وثنياً، وقال الاصطخري: يحرمُ استرقاقُ الوثنيِّ، لأنَّه لا يُقَرُّ بالجزية، والصَّحيحُ الأوَّل، وسواءٌ كان الكافر من العرب، أو غيرهم على الجديد المشهور، وفي القديم: لا يجوزُ استرقاقُ العرب. اهـ.

(٥) يعني: من أنَّ كُفرَه أغلَظُ، فلا يكونُ له حكمُ الأخفِّ منه.

(٦) في فتح القدير: أسند الواقدي في كتاب الرِّدَّة له في قتال بني حنيفة، عن محمود بن لبيد قال: ثمَّ إنَّ =

وَمَنْ لَمْ يُسلِمْ مِنْ رِجالِهِم قُتِلَ. ولا جِزْيَةَ على امرأةٍ ولا صَبِيٍّ ولا زَمِنٍ وَلا أعْمَى ولا على فَقِيرٍ غَيرِ مُعْتَمِلٍ، ....

(وَمَنْ لَمْ يُسلِمْ مِنْ رِجالِهِم قُتِلَ) لما ذكرنا.

(ولا جِزْيَةَ على امرأةٍ ولا صَبِيٍّ)؛ لأنَّها وجبت بدلاً عن القتلِ أو عن القتالِ، وهما لا يُقتلانِ ولا يُقاتِلان لِعَدم الأهليَّة.

قال: (ولا زَمِنٍ وَلا أعْمَى)، وكذا المَفلوجُ والشَّيخُ الكبيرُ[1] لِما بيَّنَّا. وعن أبي يوسف: أنه تَجِبُ إذا كان له مالٌ؛ لأنَّه يُقتَلُ في الجملة إذا كان له رأيٌ، (ولا على فَقِيرٍ غَيرِ مُعْتَمِلٍ) خلافاً للشَّافعيِّ[2]، له: إطلاقُ حديث معاذ رضي الله عنه[3].

= خالد بنَ الوليدِ صالَحهم على أن يأخُذَ منهم الصَّفراءَ والبيضاءَ والكُراعَ والسِّلاحَ ونِصفَ السَّبي، ثمَّ دخل حُصونَهم صُلحاً فأخرجَ السِّلاحَ والكُراعَ والأموالَ والسَّبيَ، ثمَّ قسَمَ السَّبيَ قسمين، وأقرع على القسمين، فخرج سهمُهُ على أحدِهما وفيه مكتوب لله.

قال الواقدي: وحدَّثني أبو الزِّناد عن هشامِ بن عروةَ عن فاطمةَ بنتِ المُنذرِ عن أسماءَ بنتِ أبي بكر الصِّدِّيق رضي الله عنهما قالت: قد رأيتُ أمَّ محمدِ بنِ عليِّ بن أبي طالب وكانت من سَبْي بني حنيفةَ، فلذلك سُمِّيَت الحَنَفيَّة، ويُسمَّى ابنها محمد بنَ الحَنفيَّة.

قال: وحدَّثني عبدُ الله بنُ نافع عن أبيه قال: كانت أمُّ زيدِ بنِ عبد الله بن عمر من ذلك السَّبي.

واعلم أنَّ ذراري المُرتدِّين ونساءَهُم يُجبَرون على الإسلامِ بعد الاسترقاقِ، بخلافِ ذراري عبدةِ الأوثانِ لا يُجبَرون. اهـ.

(١) أي: الذي لا قُدرَةَ له على قتالٍ ولا كَسبٍ.

(٢) قال النووي في الروضة (٧/٤٩٦) الكتب العلمية: الزَّمِنُ والشَّيخُ الفاني، والأجيرُ والرَّاهبُ والأعمى تُضرَب عليهم الجزيةُ كغيرهم على المذهب والمنصوص، لأنَّ الجزية كأجرةِ الدَّار، وقيل: إن قلنا: لا يُقتلون، فلا جزية، كالنساء.

وأمَّا الفقيرُ العاجزُ عن الكسب، فالمشهورُ المنصوص في عامَّة الكتب، أنَّ عليه الجزية، وفي قول: إن كان موسراً أخذناها منه، وإلَّا فهي في ذمَّته حتَّى يُوسر. وفي وجهٍ: لا يُمهل ولا يُقرُّ في دارنا، بل يقال: إمَّا أن تُحصِّل الجزيةَ بما أمكنك، وإما أن نبلِّغَكَ المأمن، لأنَّه قادرٌ على رفع الجزيةِ بالإسلام. اهـ بقليل تصرف.

(٣) وهو قوله: «خذ من كلِّ حالم»، وتقدَّم، انظر ص (٥٩٩) ت (٢).

ولا تُوضَعُ على المَمْلُوكِ والمُكاتَبِ والمُدَبَّرِ وَأمِّ الوَلَدِ، ولا يُؤَدِّي عنهم مَوالِيهِمْ، ولا تُوضَعُ على الرُّهبانِ الذين لا يُخالِطُونَ النَّاسَ. ....

ولنا: أنَّ عثمان رضي الله عنه[1] لم يُوظِّفْها على فقيرٍ غيرِ مُعتَمِلٍ، وكان ذلك بِمَحضَر من الصَّحابة رضي الله عنهم، ولأنَّ خراجَ الأرضِ لا يُوظَّفُ على أرضٍ لا طاقةَ لها، فكذا هذا الخراجُ[2].

والحديثُ محمولٌ على المُعتَمِل.

(ولا تُوضَعُ على المَمْلُوكِ والمُكاتَبِ والمُدَبَّرِ وَأمِّ الوَلَدِ)؛ لأنَّه بدَلٌ عن القَتْلِ في حقِّهم وعن النُّصرةِ في حقِّنا، وعلى اعتبار الثاني[3] لا تَجِب فلا تَجِب بالشَّكِّ، (ولا يُؤَدِّي عنهم مَوالِيهِمْ)؛ لأنَّهم تحمَّلوا الزِّيادةَ بسبَبِهِم[4].

(ولا تُوضَعُ على الرُّهبانِ الذين لا يُخالِطُونَ النَّاسَ)، كذا ذكر هاهنا. وذَكَر محمد عن أبي حنيفة أنَّه يُوضَع عليهم إن كانوا يَقدِرُون على العمل، وهو قولُ أبي يوسف.

وجهُ الوضعِ عليهم: أنَّ القدرةَ على العملِ هو الذي ضَيَّعها، فصار كَتعطيلِ الأرضِ الخراجيَّةِ.

---

(١) قال الزيلعي (٣/ ٤٥٣): أراد بِعُثمانَ هذا عثمانَ بنَ حنيف حين بَعَثَه عمرُ رضي الله عنه.
وروى ابن زنجويه في كتاب الأموال: عن أبي بكر العبسي صِلَةَ بن زُفَر قال: أبصَرَ عمرُ شيخاً كبيراً من أهلِ الذِّمَّةِ يسألُ، فقال له: ما لَكَ؟ قال: ليس لي مالٌ، وإنَّ الجزيةَ تُؤخَذُ منِّي، فقال له عمر: ما أنصفناك، أكلنا شَبِيبَتَكَ ثمَّ نأخذُ منكَ الجزيةَ، ثمَّ كتَبَ إلى عمَّالِهِ أنْ لا يأخذوا الجِزيةَ من شَيخٍ كبيرٍ.

(٢) بجامعِ عدمِ الطَّاقة؛ لحكمة دفعِ الضَّررِ الدُّنيوي. فتح القدير.

(٣) وهو النُّصرة بالمال في حقِّنا، ولا مال لهم، فلا تجب الجزية عليهم، وعلى الاعتبار الأول تجب، فكان الأمر دائراً بين الوجوب وعدمه، فسقط بالشَّكِّ.

(٤) أي: صار مواليهم بسببهم من صنف الأغنياء، حتَّى وجب عليهم زيادةٌ على مقدار الواجب على الفقير المُعتَمِل، فلو قلنا بوجوبها على الموالي بسببهم، لكان وجوبُ الجزيةِ مرَّتين بسببٍ شيء واحد، وذلك لا يجوز.

وَمَنْ أَسْلَمَ وعَلَيهِ جِزيَةٌ سَقَطَتْ عنه، ....

ووجهُ الوَضْعِ عنهم: أنَّه لا قَتْلَ عليهم إذا كانوا لا يُخالِطُون النَّاس، والجزيةُ في حقِّهم لإسقاطِ القتلِ.

ولا بدَّ أن يكون المُعتمِل صحيحاً، ويَكتفي بصحَّتِهِ في أكثرِ السَّنة.

(وَمَنْ أَسْلَمَ وعَلَيهِ جِزيَةٌ سَقَطَتْ عنه[1])، وكذلك إذا مات كافراً، خلافًا للشَّافعيِّ فيهما[2].

له: أنَّها وَجَبَت بدلاً عن العصمةِ أو عن السُّكنى[3]، وقد وَصَل إليه المُعوَّض،

---

(١) إذا أسلَمَ مَن عليه الجزيةُ، أو مات كافراً، أو عمي، أو صار زَمِناً أو مُقعَداً أو شيخاً كبيراً لا يَستطيعُ العمَلَ، أو فقيراً لا يَقدِرُ على شيءٍ، وبقيت عليه الجزيةُ سقطَتْ عنه عندنا سواءٌ كانت هذه العوارِضُ قبلَ استكمالِ السَّنةِ أو بعدها. عناية.

(٢) قال النووي في الروضة (٧/ ٥٠١) الكتب العلمية: لو مات الذِّمِّيُّ، أو أسلَم بعد مُضيِّ السَّنةِ، لم تسقطِ الجزيةُ كسائرِ الدُّيون، فتؤخذُ من تركتِهِ ومنه إذا أسلم، ولو مَضَت سنون ولم يؤدِّ الجزيةَ، أخذت منه ولم تتداخل كالدُّيون.

ولو مات أو أسلم في أثناء السَّنة، فهل يجبُ قِسطُ ما مضى كالأجرة أم لا يجب شيءٌ كالزَّكاة؟ قولان، أظهرُهُما: الأولُ، وقيل: تجب قطعاً، وقيل: عكسه، وقيل: لا تجب في الموت، وفي الإسلام القولان. اهـ.

(٣) وإنَّما ردَّدَ في قوله: «بدَلاً عن العصمةِ أو السُّكنى» لاختلافِ العلماءِ في أنَّ الجزيةَ وَجَبت بدلاً عمَّا ذا؟ فقال بعضهم: وجبت بدلاً عن العصمةِ الثَّابتةِ بعَقدِ الذِّمَّةِ، وبه قال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ؛ لأنَّ الله تعالى أمرَ بالقتالِ ومدَّهُ إلى غايةٍ، وهي إعطاءُ الجزيةِ.

وقال بعضهم: وجبت بدلاً عن السُّكنى في دارِ الإسلامِ؛ لأنَّهم مع الإصرارِ على الشِّركِ لا يكونونَ من أهلِ دارنا باعتبارِ الأصل، وإنَّما يَصيرون من أهلِ دارِنا بما يُؤدُّونَ من الجزية.

وقال بعضهم: وجبت بدلاً عن النُّصرةِ التي فاتت بإصرارِهم على الكفرِ، وقد تقدَّم، وأعاده هاهنا توضيحاً، وذلك لأنَّهم يَميلونَ إلى أهلِ الدَّارِ المُعاديةِ لاتِّحادهم في الاعتقادِ، فأوجب عليهم الشَّرعُ الجزيةَ لِتُؤخَذَ منهم، فَتُصرَفُ إلى المُقاتلَةِ، فتكونُ خلَفاً عن النُّصرة.

قال شمس الأئمَّةِ السَّرخسيُّ رَحِمَهُ اللهُ: وهو الأصحُّ، ألا ترى أنَّ الجزيةَ لا تُؤخَذُ من الأعمى والشَّيخِ الفاني والمَعتوهِ والمُقعَدِ، مع أنَّهم مُشارِكون في السُّكنى؛ لأنَّه لم يَلزَمْهم أصلُ النُّصرةِ بأبدانِهم =

وإنِ اجتَمَعتْ عليه الحَوْلانِ تَداخَلَتْ. وفي الجامع الصَّغير: ومَنْ لم يُؤخَذْ منه خَراجُ رَأسِهِ حتَّى مَضَتِ السَّنَةُ وجاءتْ سَنَةٌ أُخرى، لَمْ يُؤخَذْ، وهذا عندَ أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: يُؤخَذُ منه. ....

فلا يَسقُطُ عنه العِوَضُ بهذا العارض، كما في الأجرة والصُّلْحِ عن دم العمد[١].

ولنا: قولُه ﷺ: «ليس على مسلم جزيةٌ»[٢]، ولأنَّها وجبت عقوبةً على الكفرِ، ولهذا تُسمَّى جزيةً، وهي والجزاءُ واحدٌ، وعقوبةُ الكفرِ تسقطُ بالإسلامِ ولا تُقامُ بعد الموت، ولأنَّ شرعَ العقوبةِ في الدُّنيا لا يكونُ إلَّا لِدَفعِ الشَّرِّ، وقد اندفع بالموت والإسلام؛ ولأنَّها وجبت بدلاً عن النُّصرةِ في حقِّنا، وقد قَدَرَ عليها بنفسِهِ بعد الإسلام.

والعصمةُ تَثبُت بكونه آدميًّاً، والذِّمِّيُّ يَسكُن في مِلْك نفسِهِ، فلا معنى لإيجاب بدلِ العِصمَة والسُّكنى.

(وإنِ اجتَمَعتْ[٣] عليه الحَوْلانِ تَداخَلَتْ. وفي الجامع الصَّغير: ومَنْ لم يُؤخَذْ منهُ خَراجُ رَأسِهِ حتَّى مَضَتِ السَّنَةُ وجاءتْ سَنَةٌ أُخرى، لَمْ يُؤخَذْ وهذا عندَ أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: يُؤخَذُ منه)، وهو قولُ الشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللهُ[٤].

= لو كانوا مسلمين، فكذلك لا يُؤخَذ منهم ما هو خَلَف عنه. عناية.

(١) فإنَّ الذِّمِّيَّ إذا استوفى منافعَ الدَّارِ المُستأجَرَةِ، ثمَّ أسلَمَ أو ماتَ، لا تسقُطُ عنه الأجرةُ؛ لأنَّ المُعوَّضَ قد وَصَل إليه، وهي منافعُ الدَّار. وكذا إذا قتَلَ الذِّمِّيُّ رجلاً عمداً، ثمَّ صالح عن الدَّمِ على بدَلٍ معلومٍ، ثمَّ أسلَمَ أو ماتَ لا يَسقُطُ عنه البدلُ؛ لأنَّ المُعوَّض - وهو نفسه - قد سَلِم له.

(٢) أخرج أحمد (١/ ٢٢٣) (١٩٤٩)، والترمذي في الزكاة، باب: ما جاء ليس على المسلمين جزية (٦٣٤)، وأبو داود في الخراج، باب: ما جاء ليس على المسلمين جزية (٣٠٥٣) عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «ليس على مسلم جِزيةٌ».

(٣) أنَّث فعلَ «الحولين» إمَّا باعتبار حذف المضاف، أي: اجتمعت جزيةُ الحولين، وإمَّا بتأويل السَّنتين. عناية.

(٤) انظر ص (٦٠٤) ت (٢).

وإنْ ماتَ عِندَ تَمامِ السَّنَةِ لَمْ يُؤخَذْ مِنهُ في قَولِهِمْ جَمِيعاً، وكذلكَ إنْ ماتَ في بَعْضِ السَّنَةِ.

(وإنْ ماتَ عِندَ تَمامِ السَّنَةِ لَمْ يُؤخَذْ مِنهُ في قَولِهِمْ جَمِيعاً، وكذلكَ إنْ ماتَ في بَعْضِ السَّنَةِ)، أمَّا مسألةُ الموتِ فقد ذكرناها.

وقيل: خراجُ الأرضِ على هذا الخلاف[١]، وقيل: لا تَداخُل فيه بالاتِّفاق.

لهما في الخلافية[٢]: أنَّ الخراجَ وجب عِوَضاً، والأعواضُ إذا اجتمعت وأمكَنَ استيفاؤها تُستَوفى، وقد أمكَنَ فيما نحنُ فيه بعد توالي السِّنين[٣]، بخلاف ما إذا أسلَمَ؛ لأنَّه تعذَّر استيفاؤه.

ولأبي حنيفة: أنَّها وجبَتْ عُقوبةً على الإصرارِ على الكفر على ما بيَّنَّاه[٤]، ولهذا[٥] لا تُقبَلُ منه لو بَعَثَ على يَدِ نائِبِهِ في أصحِّ الرِّوايات، بل يُكلَّف أن يأتي به بنفسه فَيُعطِي قائماً والقابضُ منه قاعدٌ.

وفي رواية: يأخذ بِتَلبِيبِهِ[٦] ويَهزُّه هزّاً ويقول: «أعطِ الجِزيَةَ يا ذِمِّي»، وقيل: «يا عدوَّ الله»، فثبتَ أنَّه عقوبةٌ، والعقوباتُ إذا اجتَمَعَت تداخلَتْ[٧] كالحدود؛ ولأنَّها وجبت بدلاً عن القتل في حقِّهم وعن النُّصرةِ في حقِّنا كما ذكرنا، لكن في المُستقبلِ لا في الماضي؛ لأنَّ القتلَ إنَّما يُستوفى لِحِرابٍ قائم في الحال، لا لِحِراب ماضٍ، وكذا النُّصرةُ في المستقبل؛ لأنَّ الماضي وقعت الغُنيةُ عنه.

---

(١) أي: فإذا مضَتْ سُنون لم يُؤخَذ منه خراجٌ عنده، وعندهما: يؤخَذُ منه ما مضى.

(٢) وهي تداخلُ الجزيةِ.

(٣) لأنَّه ما دام كافراً أمكَنَ استيفاؤه على وجهِ الصَّغارِ والإذلالِ له، بخلافِ ما إذا أسلم؛ لأنَّه تعذَّرَ استيفاؤه؛ لأنَّ المسلمَ لا يجبُ إذلالُهُ بل يجب توقيرُهُ.

(٤) أراد به ما ذكره قبلَ هذا بقوله: «ولأنَّها وجبت عقوبة على الكفر».

(٥) أي: لكونها وجبت عقوبةً.

(٦) «التَّلبيب» أخذُ مَوضعِ اللَّبَب من الثِّياب، واللَّبَبُ موضعُ القلادةِ من الصَّدر.

(٧) أي: إذا كانت من جنسٍ واحدٍ.

ثمَّ قولُ محمَّد في الجزية في الجامع الصَّغير «وجاءت سَنَةٌ أخرى»، حَمَلَه بعضُ المشايخ على المُضيِّ مجازاً، وقال: الوجوبُ بآخِرِ السَّنة، فلا بدَّ من المُضيِّ لِيتحقَّقَ الاجتماعُ فتتداخل. وعند البعض هو مُجرىً على حقيقته، والوجوبُ عندَ أبي حنيفة بأوَّلِ الحَولِ، فيتحقَّقُ الاجتماعُ بمجرَّد المَجيء.

والأصحُّ أنَّ الوجوبَ عندنا في ابتداءِ الحولِ، وعند الشَّافعيِّ في آخرِهِ اعتباراً بالزَّكاة[1].

ولنا: أنَّ ما وجب بَدَلاً عنه لا يتحقَّقُ إلَّا في المستقبلِ على ما قرَّرناه[2]، فتعذَّر إيجابُهُ بعد مُضيِّ الحولِ، فأوجبناه في أوَّله.

---

(1) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٤/ ٣١١) دار الفكر: وقضيَّةُ كلامِ المصنِّفِ تعلُّقُ الوجوبِ بانقضاءِ السَّنةِ، وقال القفال: اختلف قول الشَّافعيِّ في أنَّ الجزيةَ تجبُ بالعقدِ وتستقرُّ بانقضاءِ الحول، أو تجب بانقضائه، وبني عليهما إذا مات في أثناء الحول هل تسقط؟ فإن قلنا بالعقد لم تسقط، وإلَّا سقطت، حكاه القاضي الحسين في الأسرار. اهـ.

(2) إشارة إلى قوله: «لأنَّ القتلَ إنَّما يُستوفى لحرابٍ قائمٍ في الحال، لا لحرابٍ ماضٍ ...» انظر ص (٦٠٦).

فصل

ولا يَجُوزُ إحداثُ بِيعَةٍ ولا كَنِيسَةٍ في دارِ الإسلامِ، وإنِ انهَدَمَتِ البِيَعُ والكنائِسُ القَدِيمَةُ أعادُوها. ....

(فصل)

في بيان ما يجوز لهم أن يفعلوا مما يتعلق بالسكنى

(ولا يَجُوزُ إحداثُ بِيعَةٍ ولا كَنِيسَةٍ في دارِ الإسلامِ)؛ لقوله ﷺ: «لا خِصاءَ في الإسلام ولا كنيسةً[1]»، والمرادُ إحداثُها، (وإنِ انهَدَمَتِ البِيَعُ والكنائِسُ القَدِيمَةُ أعادُوها)؛ لأنَّ الأبنيةَ لا تبقى دائماً، ولمَّا أقرَّهم الإمامُ فقد عَهِد إليهم الإعادةَ، إلَّا أنَّهم لا يُمكَّنون من نَقلِها؛ لأنَّه إحداثٌ في الحقيقة.

والصَّومعةُ للتَّخلِّي فيها بمنزلة البِيعَةِ، بخلافِ موضعِ الصَّلاةِ في البيت؛ لأنَّه تبَعٌ للسُّكنى، وهذا في الأمصارِ دونَ القرى؛ لأنَّ الأمصارَ هي التي تُقامُ فيها الشَّعائرُ، فلا تَعارُضَ بإظهار ما يُخالِفُها.

وقيل: في ديارنا يُمنَعُون من ذلك في القُرى أيضاً؛ لأنَّ فيها بعضَ الشَّعائرِ، والمَرويُّ عن صاحبِ المذهبِ في قُرى الكوفةِ؛ لأنَّ أكثر أهلِها أهلُ الذِّمَّة.

وفي أرض العربِ يُمنَعون من ذلك في أمصارها وقُراها؛ لقوله ﷺ: «لا يَجتمِعُ

---

(١) قال الزيلعي (٢/ ٤٥٤) أخرجه البيهقي في سننه عن ابن عباس، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا خِصاء في الإسلام، ولا بنيان كنيسة»، وضعَّفه.
وروى أبو عبيد القاسم بن سلام عن توبةَ بن التَّمر الحضرمي قاضي مصر، عمَّن أخبره عن النبي ﷺ قال: «لا خِصاءَ في الإسلام، ولا كنيسة».
وروى عن يزيد بن أبي حبيب عن أبي الخير قال: قال عمر بن الخطاب: «لا كنيسةَ في الإسلام، ولا خصاء».
وروى ابن عدي في الكامل عن عمر بن الخطاب قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تُبنى كنيسةٌ في الإسلام، ولا يُبنى ما خَرِب منها».

وَيُؤخَذُ أهلُ الذِّمَّةِ بِالتَّميُّزِ عَنِ المُسلِمينَ في زِيِّهِمْ ومَراكِبِهِمْ وَسُرُوجِهِمْ وقَلانِسِهِم، فلا يَرْكَبُونَ الخَيلَ ولا يَعْمَلُونَ بِالسِّلاحِ. وفي الجامع الصَّغير: ويُؤخَذُ أهلُ الذِّمَّةِ بإظهارِ الكِسْتيجات والرُّكُوبِ على السُّرُوجِ التي هي كَهَيئةِ الأُكُفِ. ....

دينان في جزيرة العرب[1]».

قال: (ويُؤخَذُ أهلُ الذِّمَّةِ بِالتَّميُّزِ عَنِ المُسلِمينَ في زِيِّهِمْ ومَراكِبِهِمْ وَسُرُوجِهِمْ وقَلانِسِهِم، فلا يَرْكَبُونَ الخَيلَ ولا يَعْمَلُونَ بِالسِّلاحِ).

(وفي الجامع الصَّغير: ويُؤخَذُ أهلُ الذِّمَّةِ بإظهارِ الكِسْتيجات[2] والرُّكُوبِ على السُّرُوجِ التي هي كَهَيئةِ الأُكُفِ)، وإنَّما يُؤخَذُون بذلك إظهاراً لِلصَّغار عليهم، وصيانةً لِضَعَفَة المسلمين؛ ولأنَّ المسلمَ يُكرَّم والذِّمِّيَّ يُهان.

ولا يُبتَدَأ بالسَّلامِ، ويُضيَّقُ عليه الطَّريقُ، فلو لم تكن علامةٌ مُميِّزةٌ فلعلَّه يُعامَلُ

---

(١) قال الزيلعي (٣/ ٤٥٥): رواه إسحاق بن راهويه في مسنده عن أبي هريرة أنَّ رسول الله ﷺ قال في مرضه الذي توفِّي فيه: «لا يَجتمِعُ دِينانِ في جزيرة العرب».
ورواه ابن هشام في السِّيرة عن عائشة قالت: كان آخِرُ ما عَهِدَ به رسولُ الله ﷺ أن لا يُترَكَ بجزيرةِ العربِ دينان. اهـ، قال الدارقطني في علله: وهذا حديث صحيحٌ.
وأخرج البخاري في الجهاد والسير، باب: جوائز الوفد (٢٨٨٨)، ومسلم في الوصية، باب: ترك الوصية لمن ليس له شيء يوصي فيه (١٦٣٧) عن ابن عباس رضي الله عنهما أنَّه قال: يومُ الخميسِ وما يومُ الخميسِ، ثمَّ بكى حتَّى خَضَبَ دمعُهُ الحَصْباءَ، فقال: اشتَدَّ برسولِ الله ﷺ وَجَعُه يومَ الخميس فقال: «ائتوني بكتابٍ أكتبْ لكم كتاباً لن تَضِلُّوا بعدَهُ أبداً»، فتنازَعُوا، ولا ينبغي عند نبيٍّ تَنازُعٌ، فقالوا: هَجَرَ رسولُ الله ﷺ، قال: «دَعُوني فالذي أنا فيه خيرٌ مِمَّا تدعونني إليه». وأوصى عند موته بثلاثٍ «أخرِجُوا المُشركين من جزيرةِ العرب، وأجِيزُوا الوَفدَ بِنَحوِ ما كنتُ أُجِيزُهم»، ونسيتُ الثَّالثة.
قوله: «هَجَر» أي: تكلَّم بما لا يَعرِف لشدَّةِ وجعه. «أجيزوا الوفد» أعطُوهُ جائزتَهُ، وهي العطيَّةُ المُستَحَقَّةُ، والوفدُ قومٌ يَجتمِعونَ ويَرِدُون البلادَ أو يَقصِدُونَ الأمراءَ لزيارةٍ أو شأن.

(٢) و«الكِستيج» خيطٌ غليظٌ بِقَدر الأصبع، يشدُّه الذِّمِّيُ فوقَ ثيابه دونَ ما يَتزيَّنون به من الزَّنانير المُتَّخذة من الإبريسم. عناية.

وَمَنِ امتَنَعَ مِنَ الجِزيَةِ، أو قَتَلَ مُسلِماً، أو سَبَّ النَّبيَّ ﷺ، أو زَنَى بِمُسلِمَةٍ، لَمْ يَنْتَقِضْ عَهْدُهُ. ولا يَنْقُضُ العَهْدَ إلَّا أن يَلْحَقَ بِدارِ الحَرْبِ، أو يَغلِبُوا على مَوضِعٍ فَيُحارِبُونَنا. ....

معاملةَ المسلمين، وذلك لا يجوز. والعلامةُ يجبُ أن تكون خيطاً غليظاً من الصُّوفِ يَشدُّه على وَسَطِه دونَ الزُّنار من الإبريسم، فإنَّه جفاءٌ في حقِّ أهل الإسلام.

ويجبُ أن يتميَّزَ نساؤهم عن نسائنا في الطُّرُقات والحمَّامات، ويُجعَلَ على دُورِهم علاماتٌ، كي لا يَقِفَ عليها سائلٌ يدعو لهم بالمغفرةِ.

قالوا: الأحقُّ أن لا يُترَكوا أن يَركَبُوا إلَّا للضَّرورة. وإذا رَكِبوا للضَّرورة فلينزلوا في مجامع المسلمين، فإنْ لَزِمت الضَّرورةُ اتَّخذوا سُرُوجاً بالصِّفةِ التي تقدَّمت، ويُمنَعُون من لباس يَختَصُّ به أهلُ العلم والزُّهدِ والشَّرف.

(**وَمَنِ امتَنَعَ مِنَ الجزيَةِ، أو قَتَلَ مُسلِماً، أو سَبَّ النَّبيَّ ﷺ، أو زَنَى بِمُسلِمَةٍ، لَمْ يَنتَقِضْ عَهْدُهُ**)؛ لأنَّ الغاية التي ينتهي بها القتالُ التزامُ الجزيةِ لا أداؤها، والالتزامُ باقٍ.

وقال الشَّافعيُّ[1]: سبُّ النَّبيِّ ﷺ يكون نقضاً؛ لأنَّه لو كان مسلماً يَنقُضُ إيمانَه، فكذا يَنقُضُ أمانَهُ؛ إذْ عقدُ الذِّمَّة خَلَفٌ عنه.

ولنا: أنَّ سبَّ النَّبيِّ ﷺ كفرٌ منه، والكفرُ المُقارِنُ لا يَمنَعُه فالطَّارئُ لا يَرفَعُه.

قال: (**ولا يَنقُضُ العَهْدَ إلَّا أن يَلْحَقَ بِدارِ الحَرْبِ، أو يَغلِبُوا على مَوضِعٍ فَيُحارِبُونَنا**)؛ لأنَّهم صاروا حَرْباً علينا، فَيَعْرَى عقدُ الذِّمَّة عن الفائدة، وهو دفعُ شَرِّ الحِراب.

---

(١) قال النووي في الروضة (٧/ ٥٢٢) الكتب العلمية: ومتى صرَّحوا بنقضِ العقدِ، أو قاتلوا المسلمين، أو آووا عَيناً عليهم، أو كاتبوا أهلَ الحرب، أو قتلوا مسلماً، أو أخذوا مالاً، أو سَبُّوا رسول الله ﷺ، انتقض عهدُهُم، ولا يفتقر إلى أن يحكمَ الحاكم بنقضه. اهـ
وذكر في (٧/ ٥١٦) خلافاً وتفصيلاً في المسألة انظره.

وإذا نَقَضَ الذِّمِّيُّ العَهْدَ فهو بِمَنزِلَةِ المُرتَدِّ.

(وإذا نَقَضَ الذِّمِّيُّ العَهْدَ فهو بِمَنزِلَةِ المُرتَدِّ)، معناه: في الحُكم بِمَوته بِاللَّحاق؛ لأنَّه التَحَق بالأموات، وكذا في حُكمِ ما حَمَلَه من مالِهِ[1]، إلَّا أنَّه لو أُسِر يُستَرَقُّ بخلاف المرتدِّ.

[1] يعني: أنَّ الذِّمِّيَّ إذا نَقَض العهدَ ولَحِق بدار الحرب وفي يده مالٌ، ثمَّ ظُهِر على دار الحرب يكون فيئاً، كالمرتدِّ إذا لَحِق بدار الحرب بماله ثمَّ ظُهِر على الدار كان مالُهُ فيئاً.

فصل

ونَصارَى بَنِي تَغلِب يُؤخَذُ مِنْ أموالِهِمْ ضِعْفُ ما يُؤخَذُ مِنَ المُسلِمِينَ مِنَ الزَّكاةِ، ويُؤْخَذُ مِنْ نِسائِهِمْ وَلا يُؤْخَذُ مِنْ صِبْيانِهِمْ، ويُوضَعُ على مَوْلَى التَّغلِبيِّ الخَراجُ، وخَراجُ الأرضِ بِمَنزلَةِ مَوْلَى القُرَشِيِّ، ....

(فصل)

أحكام نصارى بني تغلب

(ونَصارَى بَنِي تَغلِب يُؤخَذُ مِنْ أموالِهِمْ ضِعْفُ ما يُؤخَذُ مِنَ المُسلِمِينَ مِنَ الزَّكاةِ)؛ لأنَّ عمرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ صالَحهم على ذلك بِمَحضَرٍ من الصَّحابة.

(ويُؤْخَذُ مِنْ نِسائِهِمْ وَلا يُؤْخَذُ مِنْ صِبْيانِهِمْ)؛ لأنَّ الصُّلحَ وَقَعَ على الصَدَقةِ المُضاعَفَةِ، والصَّدقةُ تجبُ عليهنَّ دونَ الصِّبيانِ، فكذا المُضاعَف.

وقال زفر رَحِمَهُ اللهُ: لا يُؤخَذُ من نسائهم أيضاً، وهو قولُ الشَّافعيِّ[1]؛ لأنَّه جِزيةٌ في الحقيقةِ على ما قال عمر: «هذه جزيةٌ فَسَمُّوها ما شِئتُم»، ولهذا تُصرَفُ مَصارِفَ الجزيةِ، ولا جزيةَ على النِّسوانِ.

ولنا: أنَّه مالٌ وَجَبَ بِالصُّلحُ، والمرأةُ من أهلِ وُجوبِ مِثْلِه عَلَيها، والمَصرِفُ مَصالِحُ المسلمين؛ لأنَّه مالُ بيتِ المالِ، وذلك لا يَختَصُّ بالجزيةِ؛ ألا ترى أنَّه لا يُراعى فيه شرائطُها.

(ويُوضَعُ على مَوْلَى التَّغلِبيِّ الخَراجُ) أي: الجزيةُ، (وخَراجُ الأرضِ بِمَنزلَةِ مَوْلَى القُرَشِيِّ[2])، وقال زفر: ....

---

(١) قال الماوردي في الحاوي (١٤/ ٣٤٧) بعدما تكلم بتفصيل عن صلح سيدنا عمر لنصارى بني تغلب: فإذا ثبت ما ذكرنا كانت مضاعفةُ الصَّدقة على مَن تكونُ مِن أهل الذِّمَّة مأخوذةً من أموال الرِّجال دون النِّساء والصِّبيان. اهـ.

(٢) أي: لا تُؤخَذ الجزيةُ وخراجُ الأرض من القرشيِّ، وتُؤخَذُ من مُعتَقِه، فكذلك هاهنا تُؤخَذ الجزيةُ من مُعتَق التَّغلبيِّ وإن لم تُؤخَذ من التَّغلبي. عناية.

وما جَباهُ الإمامُ مِنَ الخَراجِ وَمِنْ أموالِ بَنِي تَغْلِبَ، وما أهداهُ أهلُ الحَرْبِ إلى الإمامِ، والجِزيَةُ، يُصرَفُ في مَصالِحِ المُسلِمِينَ، كَسَدِّ الثُّغُورِ وَبِناءِ القَناطِرِ والجُسُورِ، وَيُعْطَى قُضاةُ المُسلِمِينَ وَعُمَّالُهُمْ وَعُلماؤُهُمْ مِنهُ ما يَكفِيهِمْ، ويُدْفَعُ مِنهُ أرزاقُ المُقاتِلَةِ وذَرارِيْهِمْ، ....

يُضاعَفُ لقوله ﷺ: «إنَّ مولى القوم منهم[1]»، ألا ترى أنَّ مولى الهاشميِّ يُلحَقُ به في حقِّ حُرمةِ الصَّدقةِ.

ولنا: أنَّ هذا تخفيفٌ، والمَولَى لا يُلحَقُ بالأصلِ فيه، ولهذا تُوضَعُ الجزيةُ على مَولَى المُسلِم إذا كان نصرانيًّا، بخلاف حُرمةِ الصَّدقةِ؛ لأنَّ الحُرُماتِ تَثبُتُ بالشُّبُهات، فَأُلحِقَ المَولَى بالهاشميِّ في حقِّه، ولا يَلزَمُ مَولَى الغنيِّ حيثُ لا تَحرُم عليه الصَّدقةُ؛ لأنَّ الغنيَّ من أهلها، وإنَّما الغِنَى مانعٌ ولم يوجد في حقِّ المولى، أمَّا الهاشميُّ فليس بأهلٍ لهذه الصِّلَةِ أصلاً؛ لأنَّه صِيْنَ لِشَرفِه وكرامتِهِ عن أوساخِ النَّاس، فأُلحِق به مولاه.

بيان مصارف الخراج والجزية

قال: (وما جَباهُ الإمامُ مِنَ الخَراجِ وَمِنْ أموالِ بَنِي تَغْلِبَ، وما أهداهُ أهلُ الحَرْبِ إلى الإمامِ، والجِزيَةُ، يُصرَفُ في مَصالِحِ المُسلِمِينَ، كَسَدِّ الثُّغُورِ وَبِناءِ القَناطِرِ والجُسُورِ، وَيُعْطَى قُضاةُ المُسلِمِينَ وَعُمَّالُهُمْ وَعُلماؤُهُمْ مِنهُ ما يَكفِيهِمْ، وَيُدْفَعُ مِنهُ أرزاقُ المُقاتِلَةِ وذَرارِيْهِمْ)؛ لأنَّه مالُ بيتِ المالِ، فإنَّه وَصَلَ إلى المسلمين من غير قتالٍ، وهو مُعدٌّ لِمَصالحِ المسلمين، وهؤلاءِ عَمَلَتُهُم ونَفقَةُ الذَّراري على الآباءِ، فلو لم يُعطَوا كفايَتَهم لاحتاجُوا إلى الاكتسابِ، فلا يَتفرَّغون للقتالِ.

---

(١) تقدَّم في (١/ ٥١٥) ت (١).

وَمَنْ ماتَ في نِصْفِ السَّنةِ فلا شَيْءَ لَهُ مِنَ العَطاءِ.

(وَمَنْ ماتَ في نِصْفِ السَّنةِ فلا شَيْءَ لَهُ مِنَ العَطاءِ)؛ لأنَّه نوعُ صِلَةٍ وليس بدَيْن؛ ولهذا سُمِّي عطاءً، فلا يُملَكُ قبلَ القبضِ ويَسقُطُ بالموت.

وأهلُ العطاءِ في زماننا مِثلُ القاضي والمُدرِّسِ والمُفتي، والله أعلم.

باب أحكام المرتدين

وإذا ارْتَدَّ المُسلِمُ عَنِ الإسلامِ - والعِياذُ بالله - عُرِضَ عليه الإسلامُ، فإنْ كانَتْ له شُبْهَةٌ كُشِفَتْ عَنْهُ، ويُحْبَسُ ثَلاثَةَ أيَّامٍ، فإنْ أسْلَمَ وإلَّا قُتِلَ. وفي الجامع الصَّغير: المُرْتَدُّ يُعْرَضُ عليه الإسلامُ حرّاً كانَ أو عبداً، فإنْ أبى قُتِلَ، ....

(باب أحكام المرتدين)

قال: (وإذا ارْتَدَّ المُسلِمُ عَنِ الإسلامِ - والعِياذُ بالله - عُرِضَ عليه الإسلامُ، فإنْ كانَتْ له شُبْهَةٌ كُشِفَتْ عَنْهُ)؛ لأنَّه عساه اعترَتْهُ شُبهةٌ فَتُزاحُ، وفيه دَفْعُ شرِّه بأحسنِ الأمرينِ، إلَّا أنَّ العَرْضَ على ما قالوا غيرُ واجبٍ؛ لأنَّ الدَّعوةَ بلَغته.

قال: (ويُحْبَسُ ثَلاثَةَ أيَّامٍ، فإنْ أسْلَمَ وإلَّا قُتِلَ. وفي الجامع الصَّغير: المُرْتَدُّ يُعْرَضُ عليه الإسلامُ حرّاً كانَ أو عبداً، فإنْ أبى قُتِلَ).

وتأويلُ الأوَّلِ أنَّه يَستَمْهِل فيُمْهَل ثلاثةَ أيَّام؛ لأنَّها مدَّةٌ ضُرِبت لإبلاءِ الأعذار. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف: أنَّه يُستَحبُّ أن يُؤجِّلَهُ ثلاثةَ أيَّامٍ، طَلَبَ ذلك أو لم يَطلُب.

وعن الشَّافعيِّ[1]: أنَّ على الإمام أن يُؤجِّلَه ثلاثةَ أيَّام، ولا يَحِلُّ له أن يَقتُلَه قبل ذلك؛ لأنَّ ارتدادَ المُسلمِ يكونُ عن شُبهةٍ ظاهراً، فلا بدَّ من مدَّةٍ يُمكِنُه التَّأمُّلُ، فقدَّرناها بالثَّلاثةِ.

ولنا: قوله تعالى: ﴿فَٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥] من غيرِ قيدِ الإمهالِ، وكذا قولُهُ

---

(١) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٤/ ١٧٢): (وتَجِبُ استتابةُ المرتدِّ والمرتدَّةِ) قبلَ قتلِهما؛ لأنَّهما كانا مُحتَرمينِ بالإسلام، فربَّما عرَضَت لهما شبهةٌ، فَيَسعى في إزالتها؛ لأنَّ الغالبَ أنَّ الرِّدَّة تكون عن شبهةٍ عرضت. (وفي قول: تُستَحَبُّ) استتابتُهُ (كالكافر) الأصلي. والاستتابةُ على القولين معاً (في الحال) في الأظهر، فإن تاب وإلا قُتِل، (وفي قولٍ) يُمهَلُ فيها على القولين (ثلاثة أيَّام، فإن) لم يَتبِ الرَّجلُ والمرأةُ عن الرِّدَّة، بل (أصرَّا) عليها (قُتلا) وجوباً. اهـ.

فَإِنْ قَتَلَهُ قاتِلٌ قَبْلَ عَرْضِ الإسلامِ عليه كُرِهَ، وَلا شَيْءَ على القاتِلِ، وأَمَّا المُرْتَدَّةُ فَلا تُقْتَلُ ....

ﷺ: «مَن بدَّل دِينَهُ فاقتلوه[1]»، ولأنَّه كافرٌ حربيٌّ بَلَغَتْه الدَّعوةُ فيُقتلُ للحالِ من غيرِ استمهالٍ، وهذا لأنَّه لا يجوزُ تأخيرُ الواجبِ لأمرٍ مَوهومٍ، ولا فرقَ بين الحُرِّ والعبدِ لإطلاقِ الدَّلائلِ.

وكيفيَّةُ توبتِهِ أن يَتبرَّأ عن الأديانِ كلِّها سوى الإسلامِ؛ لأنَّه لا دِينَ له، ولو تبرَّأ عمَّا انتقلَ إليه كفاه لِحُصولِ المقصودِ.

قال: (فَإِنْ قَتَلَهُ قاتِلٌ قَبْلَ عَرْضِ الإسلامِ عليه كُرِهَ، وَلا شَيْءَ على القاتِلِ)، ومعنى الكراهيةِ هاهنا تَركُ المُستحبِّ وانتفاءُ الضَّمانِ؛ لأنَّ الكفرَ مُبيحٌ لِلقَتْلِ، والعَرْضُ بعدَ بلوغِ الدَّعوةِ غيرُ واجبٍ.

(وأَمَّا المُرْتَدَّةُ فَلا تُقْتَلُ)، وقال الشَّافعيُّ[2]: تُقتَلُ لِما روينا؛ ولأنَّ رِدَّةَ الرَّجلِ مُبيحةٌ للقتلِ من حيثُ إنَّها جنايةٌ مُتغلِّظةٌ، فَتُناطُ بها عقوبةٌ مُغلَّظةٌ، ورِدَّةُ المرأةِ تُشارِكُها فيها فَتُشارِكُها في مُوجَبِها.

ولنا: أنَّ النَّبيَّ ﷺ «نَهَى عن قَتلِ النِّساءِ[3]»، ولأنَّ الأصلَ تأخيرُ الأجزيةِ إلى دارِ الآخرةِ، إذْ تَعجيلُها يُخلُّ بمعنى الابتلاءِ، وإنَّما عُدِلَ عنه دَفْعاً لِشَرٍّ ناجزٍ وهو الحِرابُ، ولا يَتوجَّهُ ذلك من النِّساءِ؛ لِعَدَمِ صلاحيَّةِ البُنيةِ، بخلافِ

---

(١) أخرج البخاري في الجهاد والسير، باب: لا يعذب بعذاب الله (٢٨٥٤) عن عكرمة: أنَّ علياً رضي الله عنه حرَّقَ قوماً، فبَلَغ ابنَ عبَّاس فقال: لو كنتُ أنا لم أحرِّقْهم؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «لا تُعذِّبُوا بعذابِ الله»، ولَقَتلتُهُم كما قال النبي ﷺ: «مَنْ بدَّلَ دينَهُ فاقتُلُوه».

(٢) انظر ص (٦١٥) ت (١).

(٣) تقدمت الأحاديث في ذلك، انظر ص(٥٣٦) ت (٥)، ص (٥٣٧) ت (١).

وأخرج الطبراني في الكبير (٢٠/ ٥٣) (١٦٨٥٠) عن معاذ بن جبل أنَّ رسول الله ﷺ قال له حين بَعَثَه الى اليمن: «أيُّما رجل ارتَدَّ عن الإسلام فادعُهُ، فإن تابَ فاقبَلْ منه، وان لم يَتُبْ فاضرِبْ عُنُقَه، وأيُّما امرأةٍ ارتدَّت عن الإسلام فادْعُها، فإن تابَتْ فاقبَلْ منها، وإن أبَتْ فاستَتِبْها».

ولَكِنْ تُحبَسُ حتَّى تُسلِمَ، وفي الجامع الصَّغير: وتُجْبَرُ المَرأةُ على الإسلامِ، حُرَّةً كانتْ أو أمَةً، والأمَةُ يُجْبِرُها مَولاها.

ويَزُولُ مِلكُ المُرتَدِّ عَنْ أموالِهِ بِرِدَّتِهِ زَوالاً مُراعَىً، فإنْ أسْلَمَ عادَتْ إلى حالِها، قالوا: هذا عند أبي حنيفة، وعندهما: لا يَزُولُ مِلكُهُ. ....

الرِّجالِ، فصارت المُرتدَّةُ كالأصليَّةِ.

قال: (ولَكِنْ تُحبَسُ حتَّى تُسلِمَ)؛ لأنَّها امتنعت عن إيفاءِ حقِّ اللهِ تعالى بعد الإقرارِ، فَتُجبَرُ على إيفائِهِ بالحَبْسِ، كما في حقوقِ العبادِ.

(وفي الجامع الصَّغير: وتُجْبَرُ المَرأةُ على الإسلامِ، حُرَّةً كانتْ أو أمَةً. والأمَةُ يُجْبِرُها مَولاها)، أمَّا الجَبْرُ فلما ذكرنا[١]، ومِنَ المولى؛ لِما فيه من الجَمْعِ بين الحقَّين[٢]، ويُروى «تُضرَبُ في كلِّ أيَّامٍ مُبالَغَةً في الحَمْلِ على الإسلام».

قال: (ويَزُولُ مِلكُ المُرتَدِّ عَنْ أموالِهِ بِرِدَّتِهِ زَوالاً مُراعَىً[٣]، فإنْ أسْلَمَ عادَتْ إلى حالِها، قالوا: هذا عند أبي حنيفة، وعندهما: لا يَزُولُ مِلكُهُ)؛ لأنَّه مكلَّفٌ مُحتاجٌ، فإلى أن يُقتَل يبقى مِلكُهُ كالمحكومِ عليه بالرَّجمِ والقِصاصِ.

وله: أنَّه حربيٌّ[٤] مَقهورٌ تحت أيدينا حتَّى يُقتَل، ولا قَتْلَ إلَّا بالحِرابِ، وهذا يُوجِبُ زوالَ مِلكِه ومالِكيَّتِه، غيرَ أنَّه مدعوٌّ إلى الإسلامِ بالإجبارِ عليه، ويُرجَى عَودُهُ إليه، فتوقَّفنا في أمرِهِ، فإنْ أسلَمَ جُعِل العارِضُ كأن لم يكن في حقِّ هذا الحكمِ، وصار كأن لم يَزَل مُسلِماً ولم يَعمَلِ السَّببُ، وإنْ ماتَ أو قُتِل على رِدَّته أو لَحِق بدارِ الحَرْبِ وحُكِم بِلَحاقِهِ استَقَرَّ كُفرُه، فَيَعمَلُ السَّببُ عَمَلَه وزالَ مِلكُه.

---

(١) يعني: أنَّها امتنعت عن إيفاء حقِّ الله تعالى بعد الإقرار.

(٢) حقِّ الله تعالى وهو الجبرُ على الإسلام، وحقِّ العبد وهو الاستخدام.

(٣) أي: محفوظاً موقوفاً حتَّى يتبيَّنَ حالُهُ.

(٤) وكان حربيّاً لأنَّه كافرٌ غيرُ مستأمَنٍ، والحربيُّ كذلك.

وإنْ ماتَ أو قُتِلَ على رِدَّتِهِ انتَقَلَ ما اكتَسَبَهُ في إسلامِهِ إلى وَرَثَتِهِ المُسلِمِينَ، وكان ما اكتَسَبَهُ في حالِ رِدَّتِهِ فَيْئاً، وقال أبو يوسف ومحمد: كِلاهُما لِوَرَثَتِهِ. ....

قال: (وإنْ ماتَ أو قُتِلَ على رِدَّتِهِ انتَقَلَ ما اكتَسَبَهُ في إسلامِهِ إلى وَرَثَتِهِ المُسلِمِينَ، وكان ما اكتَسَبَهُ في حالِ رِدَّتِهِ فَيْئاً)، وهذا عند أبي حنيفة، (وقال أبو يوسف ومحمد: كِلاهُما لِوَرَثَتِهِ).

وقال الشَّافعي[1]: كلاهما فَيءٌ؛ لأنَّه مات كافراً، والمسلمُ لا يَرِثُ الكافرَ، ثمَّ هو مالُ حربيٍّ لا أمانَ له فيكون فيئاً.

ولهما: أنَّ مِلكَه في الكَسْبينِ بعدَ الرِّدَّةِ باقٍ على ما بيَّنَّاه[2]، فَيَنتقِلُ بِمَوتِهِ إلى وَرَثَتِهِ، ويَستنِدُ إلى ما قُبيل رِدَّتِهِ، إذِ الرِّدَّةُ سببُ الموتِ، فيكون توريثَ المسلمِ من المسلمِ.

ولأبي حنيفة: أنَّه يُمكِنُ الاستنادُ[3] في كَسْبِ الإسلام لِوُجودِهِ قبل الرِّدَّةِ، ولا يُمكِنُ الاستنادُ في كَسْبِ الرِّدَّة لِعَدمِهِ قبلَها، ومِنْ شرطِهِ وُجودُهُ.

ثمَّ إنَّما يَرِثُه مَن كان وارثاً له حالةَ الرِّدَّةِ، وبقي وارثاً إلى وقتِ موتِهِ في روايةٍ عن أبي حنيفة اعتباراً للاستناد. وعنه: أنَّه يَرِثُهُ مَن كان وارثاً له عند الرِّدَّة، ولا يَبطُل استحقاقُهُ بموتِهِ بل يَخلُفُه وارِثُه؛ لأنَّ الرِّدَّةَ بمنزلةِ الموتِ. وعنه: أنَّه يُعتَبَرُ وُجودُ

---

(١) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٤/ ١٧٥) دار الفكر: (وفي زوالِ مِلكِهِ) أي: المرتدِّ (عن مالِهِ) الحاصلِ قبلَها أو فيها بنحو اصطيادٍ، (بها) أي: الرِّدَّةِ (أقوالٌ):
- (أظهَرُها) الوقفُ كَبُضع زوجتِهِ، سواءٌ التحق بدار الحربِ أم لا، فعليه (إن هلَكَ مرتدّاً بانَ زوالُهُ بها) أي: الرِّدَّةِ، فما ملَكَه فيءٌ، وما تَملَّكَه من احتطابٍ ونحوه باقٍ على الإباحة، (وإن أسلَمَ بانَ أنَّه لم يَزل).
- والثاني: يزولُ بنفس الرِّدَّةِ لِزَوال العصمةِ بردَّتِهِ، فمالُهُ أولى.
- والثالث: لا يزول؛ لأنَّ الكفرَ لا يُنافي المِلكَ، كالكافر الأصليِّ. اهـ.

(٢) إشارة إلى قوله: «لأنَّه مكلَّف محتاج ...» انظر ص (٦١٧).

(٣) أي: استناد التَّوريث.

وإنْ لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ مُرتَدّاً وحَكَمَ الحاكِمُ بِلَحاقِهِ، عَتَقَ مُدَبَّرُوهُ وأمَّهاتُ أولادِهِ، وَحَلَّتِ الدُّيونُ التي عليه، ونُقِلَ ما اكتَسَبَهُ في حالِ الإسلامِ إلى وَرَثَتِهِ مِنَ المُسلِمينَ،

الوارثِ عند الموتِ؛ لأنَّ الحادثَ بعد انعقادِ السَّببِ قبل تَمامِهِ، كالحادثِ قبلَ انعقادِهِ، بمنزلةِ الولدِ الحادثِ من المَبيعِ قبلَ القبضِ.

وتَرِثُه امرأتُهُ المسلمةُ إذا ماتَ أو قُتِلَ على رِدَّتِه وهي في العِدَّة؛ لأنَّه يصيرُ فارّاً، وإنْ كان صحيحاً وقتَ الرِّدَّة.

والمُرتدَّةُ كَسْبُها لِوَرثَتِها؛ لأنَّه لا حِرابَ منها فلم يُوجَد سببُ الفَيءِ، بخلاف المرتدِّ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

ويَرِثُها زوجُها المسلمُ إنِ ارتدَّتْ وهي مريضةٌ؛ لِقَصدِها إبطالَ حقِّه، وإن كانت صحيحةً لا يَرِثُها؛ لأنَّها لا تُقتَلُ، فلم يتعلَّقْ حقُّه بمالِها بالرِّدَّة، بخلافِ المرتدِّ.

لحوق المرتد بدار الحرب

قال: (وإنْ لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ مُرتَدّاً وحَكَمَ الحاكِمُ بِلَحاقِهِ، عَتَقَ مُدَبَّرُوهُ وأمَّهاتُ أولادِهِ، وَحَلَّتِ الدُّيونُ التي عليه، ونُقِلَ ما اكتَسَبَهُ في حالِ الإسلامِ إلى وَرَثَتِهِ مِنَ المُسلِمينَ).

وقال الشَّافعيُّ[1]: يبقى مالُهُ موقوفاً كما كان؛ لأنَّه نوعُ غَيبةٍ، فأشبَهَ الغَيبةَ في دار الإسلام.

ولنا: أنَّه باللَّحاقِ صارَ من أهلِ الحَربِ، وهم أمواتٌ في حقِّ أحكام الإسلامِ؛ لانقطاعِ ولايةِ الإلزامِ، كما هي مُنقطِعَةٌ عن الموتى فصار كالموتِ، إلَّا أنَّه لا يَستقِرُّ لَحاقُهُ إلا بقضاءِ القاضي؛ لاحتمالِ العَودِ إلينا فلا بُدَّ من القضاءِ، وإذا تَقرَّرَ موتُهُ ثبَتَتِ الأحكامُ المتعلِّقةُ به، وهي ما ذكرناها كما في الموت الحقيقيِّ.

(١) انظر ص (٦١٨) ت (١).

وتُقْضَى الدُّيُونُ التي لَزِمَتْهُ في حالِ الإسلام مِمَّا اكتَسَبَهُ في حالِ الإسلامِ، وما لَزِمَهُ في حالِ رِدَّتِهِ مِنَ الدُّيُونِ يُقْضَى مِمَّا اكتَسَبَهُ في حالِ رِدَّتِهِ، ....

ثمَّ يُعتبَرُ كونُهُ وارثاً عند لَحاقِهِ في قولِ محمد؛ لأنَّ اللَّحاقَ هو السَّببُ، والقضاءُ لِتَقرُّرِه بِقَطعِ الاحتمالِ، وقال أبو يوسف: وقتَ القضاءِ؛ لأنَّه يصيرُ موتاً بالقضاءِ.

والمرتدَّةُ إذا لَحِقَت بدارِ الحَربِ فهي على هذا الخلافِ.

(وتُقْضَى الدُّيُونُ التي لَزِمَتْهُ في حالِ الإسلام مِمَّا اكتَسَبَهُ في حالِ الإسلامِ، وما لَزِمَهُ في حالِ رِدَّتِهِ مِنَ الدُّيُونِ يُقْضَى مِمَّا اكتَسَبَهُ في حالِ رِدَّتِهِ).

قال العبد الضَّعيفُ عَصَمَه الله: هذه روايةٌ عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وعنه: أنَّه يبدأ بِكَسْبِ الإسلامِ، وإن لم يَفِ بذلك يُقضَى مِنْ كَسْبِ الرِّدَّة، وعنه: على عكسِهِ.

وجهُ الأوَّل: أنَّ المُستحَقَّ بالسَّببين مُختلِفٌ، وحصولُ كلِّ واحدٍ من الكَسْبينِ باعتبارِ السَّببِ الذي وَجَبَ به الدَّينُ، فَيُقضَى كلُّ دَينٍ من الكَسبِ المُكتَسَبِ في تلك الحالةِ؛ ليكون الغُرْمُ بالغُنْم.

وجهُ الثاني: أنَّ كَسْبَ الإسلامِ مِلْكُه حتَّى يَخلُفُه الوارثُ فيه، ومِنْ شَرطِ هذه الخلافةِ الفَراغُ عن حقِّ المُورِّث، فَيُقدَّمُ الدَّينُ عليه، أمَّا كسبُ الرِّدَّةِ فليس بِمملوكٍ له؛ لِبُطلانِ أهليَّةِ المِلكِ بالرِّدَّة عنده، فلا يُقضَى دينُهُ منه إلَّا إذا تَعذَّرَ قضاؤه من مَحَلٍّ آخرَ، فحينئذٍ يُقضَى منه، كالذِّمِّيِّ إذا مات ولا وارثَ له، يكونُ مالُهُ لجماعةِ المسلمين، ولو كان عليه دَينٌ يُقضَى منه كذلك هاهنا.

وجهُ الثَّالث: أنَّ كسبَ الإسلام حقُّ الورثةِ، وكسبَ الرِّدةِ خالصُ حقِّه، فكان قضاءُ الدَّينِ منه أولى، إلَّا إذا تعذَّر بأن لم يَفِ به، فحينئذٍ يُقضَى من كَسبِ الإسلامِ تقديماً لحقِّه.

وقال أبو يوسف ومحمد: تُقضَى ديونُهُ من الكَسْبين؛ لأنَّهما جميعاً مِلْكُه، حتَّى يجري الإرثُ فيهما، والله أعلم.

وما باعَهُ أوِ اشتَراهُ أو أعتَقَهُ أو وَهَبَهُ أو رَهَنَهُ أو تَصَرَّفَ فيهِ مِنْ أموالِهِ في حالِ رِدَّتِهِ فهو مَوقُوفٌ، فإنْ أسلَمَ صَحَّتْ عُقُودُهُ، وإنْ ماتَ أو قُتِلَ أو لَحِقَ بِدارِ الحَرْبِ بَطَلَتْ، وقال أبو يوسف ومحمد: يجوزُ ما صَنَع في الوجهين. ....

قال: (وما باعَهُ أوِ اشتَراهُ أو أعتَقَهُ أو وَهَبَهُ أو رَهَنَهُ أو تَصَرَّفَ فيهِ مِنْ أموالِهِ في حالِ رِدَّتِهِ فهو مَوقُوفٌ، فإنْ أسلَمَ صَحَّتْ عُقُودُهُ، وإنْ ماتَ أو قُتِلَ أو لَحِقَ بِدارِ الحَرْبِ بَطَلَتْ)، وهذا عند أبي حنيفة.

(وقال أبو يوسف ومحمد: يجوزُ ما صَنَع في الوجهين).

اعلم أنَّ تَصرُّفات المرتدِّ على أقسام:

- نافذٌ بالاتِّفاقِ كالاستيلادِ والطَّلاقِ؛ لأنَّه لا يَفتقِرُ إلى حقيقةِ المِلكِ وتَمامِ الوِلايةِ.

- وباطلٌ بالاتِّفاقِ كالنِّكاح والذَّبيحةِ؛ لأنَّه يَعتمِدُ المِلَّةَ، ولا مِلَّةَ له.

- وموقوفٌ بالاتِّفاقِ كالمُفاوَضَةِ؛ لأنَّها تَعتمِدُ المُساواةَ، ولا مُساواةَ بين المسلمِ والمرتدِّ ما لم يُسلِمْ.

- ومُختَلَفٌ في تَوقُّفِه، وهو ما عدَّدناه.

لهما: أنَّ الصِّحَّةَ تَعتمِدُ الأهليَّةَ، والنَّفاذَ يَعتمِدُ المِلكَ، ولا خفاءَ في وُجودِ الأهليَّةِ لكونِهِ مُخاطَباً، وكذا المِلكُ لقيامِهِ قبلَ موتِهِ على ما قرَّرناه من قبل[1]، ولهذا لو وُلِدَ له وَلَدٌ بعدَ الرِّدَّةِ لستَّةِ أشهُرٍ من امرأةٍ مسلمةٍ يَرِثُهُ، ولو مات ولدُهُ بعد الرِّدَّةِ قبلَ الموتِ[2] لا يَرِثُه، فتصحُّ تصرُّفاتُه، إلَّا أنَّ عند أبي يوسف: تصحُّ كما تصحُّ من الصَّحيحِ؛ لأنَّ الظَّاهرَ عَودُهُ إلى الإسلام، إذ الشُّبهةُ تُزاحُ فلا يُقتَلُ، وصار كالمرتدَّة.

---

(١) إشارة إلى قوله: «لأنَّه مكلَّف يحتاج ...» انظر ص (٦١٧).

(٢) يعني: لو مات ولدُهُ المولودُ قبلَ الرِّدَّة بعدها قبلَ موتِ المُرتدِّ، لا يرثه.

فإنْ عادَ المُرْتَدُّ بعدَ الحُكْمِ بلَحَاقِهِ بِدارِ الحَرْبِ إلى دارِ الإسلامِ مُسلِماً، فَما وَجَدَهُ في يَدِ وَرَثَتِهِ مِنْ مالِهِ بِعَينِهِ أَخَذَهُ. ....

وعند محمد: تصحُّ كما تصحُّ من المريضِ؛ لأنَّ مَنِ انتَحَلَ إلى نِحلَة، لا سيَّما مُعرِضاً عمَّا نَشأ عليه، قلَّما يَترُكُه فَيُفضي إلى القتل ظاهراً، بخلاف المرتدَّةِ؛ لأنَّها لا تُقتَلُ.

ولأبي حنيفة: أنَّه حربيٌّ مقهورٌ تحتَ أيدينا على ما قرَّرناه[1] في تَوقُّفِ المِلْكِ، وتوقُّفُ التَّصرُّفاتِ بناءً عليه، وصار كالحربيِّ يدخلُ دارنا بغيرِ أمانٍ، فَيُؤخَذُ ويُقهَرُ وتَتوقَّفُ تَصرُّفاتُهُ؛ لِتوقُّفِ حالِهِ[2]، فكذا المرتدُّ[3]، واستحقاقُهُ القتلَ لِبُطلانِ سَببِ العصمةِ في الفَصلَيْن[4]، فأوجَبَ خَللاً في الأهليَّةِ، بخلافِ الزَّاني وقاتلِ العمدِ؛ لأنَّ الاستحقاقَ في ذلك جزاءٌ على الجنايةِ. وبخلافِ المرأةِ؛ لأنَّها ليست حربيَّةً؛ ولهذا لا تُقتَلُ.

(فإنْ عادَ المُرْتَدُّ بعدَ الحُكْمِ بلَحَاقِهِ بِدارِ الحَرْبِ إلى دارِ الإسلامِ مُسلِماً، فَما وَجَدَهُ في يَدِ وَرَثَتِهِ مِنْ مالِهِ بِعَينِهِ أَخَذَهُ)؛ لأنَّ الوارثَ إنَّما يَخلُفُه فيه لاستغنائِهِ[5]، وإذا عاد مسلماً احتاج إليه فيُقدَّمُ عليه[6].

بخلاف ما إذا أزاله الوارثُ عَن مِلكِه[7]، وبخلافِ أمَّهاتِ أولادِهِ ومُدبَّريه؛

---

(١) إشارة إلى ما قدَّمه من قوله: «وله: أنَّه حربيٌّ مقهورٌ تحت أيدينا» انظر ص (٦١٧).

(٢) أي: حال الحربيِّ بين الاسترقاق والقتل والمَنِّ.

(٣) يعني: حالُهُ يتوقَّف بين القتل والإسلام، ثمَّ الحربيُّ إن استُرِقَّ أو قُتِل بَطَل، وإن تُرِك نَفَذ، فكذلك هاهنا. عناية.

(٤) يُريد به فَصْلَ الحربيِّ وفَصْلَ المُرتدِّ.

(٥) أي: لاستغناء المرتدِّ عن المالِ حيثُ دخلَ دارَ الحربِ.

(٦) أي: على الوارثِ.

(٧) فإنَّه لا سبيلَ له؛ لأنَّه أزالَهُ في وقتٍ كان فيه بِسَبيلٍ من الإزالةِ فَنَفَذَت عناية.

وإذا وَطِئَ المُرتَدُّ جارِيَةً نَصرانيَّةً كانتْ له في حالةِ الإسلام، فَجاءَتْ بِوَلَدٍ لأكثَرَ مِنْ سِتَّةِ أشهُرٍ مُنذُ ارتَدَّ، فادَّعاهُ، فَهِيَ أمُّ وَلَدٍ لَهُ، والوَلَدُ حُرٌّ وهو ابنُهُ ولا يَرِثُهُ، وإنْ كانتِ الجارِيَةُ مُسلِمَةً وَرِثَهُ الابنُ إنْ ماتَ على الرِّدَّةِ أو لَحِقَ بدارِ الحَرْبِ. ....

لأنَّ القضاءَ[1] قد صحَّ بدليلٍ مُصحِّحٍ[2] فلا يُنقَض، ولو جاء مسلماً قبلَ أن يقضي القاضي بذلك فكأنَّه لم يَزَلْ مسلماً؛ لِما ذكرنا[3].

(وإذا وَطِئَ المُرتَدُّ جارِيَةً نَصرانيَّةً كانتْ له في حالةِ الإسلام، فَجاءَتْ بِوَلَدٍ لأكثَرَ مِنْ سِتَّةِ أشهُرٍ مُنذُ ارتَدَّ[4]، فادَّعاهُ، فَهِيَ أمُّ وَلَدٍ لَهُ، والوَلَدُ حُرٌّ وهو ابنُهُ ولا يَرِثُهُ، وإنْ كانتِ الجارِيَةُ مُسلِمَةً وَرِثَهُ الابنُ إنْ ماتَ على الرِّدَّةِ أو لَحِقَ بدارِ الحَرْبِ)، أمَّا صحَّةُ الاستيلادِ فلما قلنا[5].

وأمَّا الإرثُ فلأنَّ الأمَّ إذا كانت نصرانيَّةً فالولدُ تَبعٌ له لِقُربِهِ إلى الإسلام لِلجَبْرِ عليه، فصار في حكمِ المرتدِّ، والمرتدُّ لا يرثُ المرتدَّ، أما إذا كانت مسلمةً فالولدُ مسلمٌ تبعاً لها؛ لأنَّها خَيرُهما دِيناً، والمسلمُ يَرِث المرتدَّ.

---

(١) أي: القضاء بعتقِهم.

(٢) وهو قضاءُ القاضي بِلَحاقِهِ عن ولايةٍ، لأنَّه لو كان في دار الإسلام كان له أن يُمِيتَه حقيقةً، فإذا خرَجَ عن وِلايتِهِ كان له أن يُميتَهُ حُكماً، فإذا كان قضاؤُهُ عن ولايةٍ نَفَذَ، والعِتقُ بعدَ وُقوعِهِ لا يَحتمِلُ النَّقض.

(٣) يعني: من قوله «إلا أنَّه لا يستقرُّ لَحاقه إلا بقضاء القاضي» انظر ص (٦١٩).

(٤) قيَّد بقوله: «لأكثر من ستَّة أشهر» احترازاً عمَّا إذا جاءت به لأقلَّ من ستَّة أشهر، فإنَّ الولد يَرِث أباه المرتدَّ وإن كانت أمُّه نصرانيَّةً، لأنَّا تيقَّنَّا حينئذ بوجوده في البطن قبلَ الرِّدَّة، فيكون مُسلِماً تبعاً لأبيه، وأمَّا إذا جاءت به لستَّة أشهر من وقت الردَّةِ لم يُتيقَّن بِعُلُوق الولد قبلَ الرِّدَّة، فلا يُجعَل الولدُ مُسلِماً بإسلام الأب قبل الرِّدَّة.

(٥) إشارةً إلى قوله: «لأنَّه لا يفتقر إلى حقيقة الملك» انظر ص (٦٢١).

وإذا لَحِقَ المُرتَدُّ بمالِهِ بِدَارِ الحَرْبِ، ثمَّ ظُهِرَ على ذلك المالِ فهو فَيْءٌ، فإنْ لَحِقَ ثُمَّ رَجَعَ وأخَذَ مالاً وألحَقَهُ بِدارِ الحَرَبِ، فَظُهِرَ على ذلك المالِ، فَوَجَدَتْهُ الوَرَثَةُ قبلَ القِسْمَةِ رُدَّ عليهم. وإذا لَحِقَ المُرتَدُّ بِدارِ الحَرْبِ ولَهُ عَبْدٌ، فَقُضِيَ بِهِ لابْنِهِ، وكاتَبَهُ الابْنُ، ثُمَّ جاءَ المُرتَدُّ مُسلِماً فَالكِتابَةُ جائزةٌ، والمُكاتَبَةُ والوَلاءُ لِلمُرتَدِّ الذي أسلَمَ. وإذا قَتَلَ المُرتَدُّ رَجلاً خَطأً، ثُمَّ لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ، أو قُتِلَ على رِدَّتِهِ، فَالدِّيَةُ في مالٍ اكتَسَبَهُ في حالِ الإسلامِ خاصَّةً عند أبي حنيفة، ....

(وإذا لَحِقَ المُرتَدُّ بمالِهِ بِدارِ الحَرْبِ، ثمَّ ظُهِرَ على ذلك المالِ فهو[1] فَيْءٌ، فإنْ لَحِقَ ثُمَّ رَجَعَ[2] وأخَذَ مالاً وألحَقَهُ بِدارِ الحَرَبِ، فَظُهِرَ على ذلك المالِ، فَوَجَدَتْهُ الوَرَثَةُ قبلَ القِسْمَةِ رُدَّ عليهم)؛ لأنَّ الأوَّلَ مالٌ لم يَجرِ فيه الإرثُ، والثَّاني انتقل إلى الورثةِ بقضاءِ القاضي بِلَحاقِه، فكان الوارثُ مالِكاً قديماً[3].

(وإذا لَحِقَ المُرتَدُّ بِدارِ الحَرْبِ ولَهُ عَبْدٌ، فَقُضِيَ بِهِ لابْنِهِ، وكاتَبَهُ الابْنُ، ثُمَّ جاءَ المُرتَدُّ مُسلِماً فَالكِتابَةُ جائزةٌ، والمُكاتَبَةُ والوَلاءُ لِلمُرتَدِّ الذي أسلَمَ)؛ لأنَّه لا وجهَ إلى بُطلانِ الكتابةِ؛ لِنفوذِها بدليلٍ مُنفِذٍ[4]، فجَعَلْنا الوارثَ الذي هو خَلَفُه كالوكيلِ من جهتِهِ، وحقوقُ العقدِ فيه[5] ترجعُ إلى المُوكِّلِ، والولاءُ لِمَن يَقَعُ العتقُ عنه.

(وإذا قَتَلَ المُرتَدُّ رَجلاً خَطأً، ثُمَّ لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ، أو قُتِلَ على رِدَّتِهِ، فَالدِّيَةُ في مالٍ اكتَسَبَهُ في حالِ الإسلامِ خاصَّةً عند أبي حنيفة. ....

---

(١) أي: المالُ فيءٌ دونَ نفسِهِ.

(٢) يعني: وإن لَحِقَ وحَكَم القاضي بِلَحاقِهِ ثمَّ رَجَع.

(٣) والمالكُ القديمُ إذا وَجَدَ مالَهُ في الغَنيمةِ قبلَ القِسمةِ أخَذَه مَجَّاناً، فإنْ لم يكنِ القاضي حَكَمَ بِلَحاقِهِ والمسألةُ بِحالِها، ففي ظاهرِ الرِّوايةِ يُرَدُّ على الورثةِ أيضاً؛ لأنَّه متى لَحِقَ بدارِ الحربِ فالظَّاهرُ أنَّه لا يَعودُ، فكان ميتاً ظاهراً. عناية.

(٤) وهو قضاء القاضي باللَّحاق.

(٥) أي: في عقد الكتابة. عناية.

وقالا: الدِّيَةُ فيما اكتَسَبَهُ في حالَةِ الإسلامِ والرِّدَّةِ جَمِيعاً. وإذا قُطِعَتْ يَدُ المُسلِمِ عَمْداً فَارتَدَّ - والعياذُ بالله - ثَمَّ ماتَ على رِدَّتِهِ مِنْ ذلك، أو لَحِقَ بِدارِ الحَرْبِ ثمَّ جاءَ مُسلِماً، فَماتَ مِنْ ذلكَ، فَعَلَى القاطِعِ نِصفُ الدِّيَةِ في مالِهِ لِلوَرَثَةِ، فإنْ لَمْ يَلْحَقْ وأَسْلَمَ ثُمَّ ماتَ فَعَلَيهِ الدِّيَةُ كامِلَةً. ....

وقالا: الدِّيةُ فيما اكتَسَبَهُ في حالَةِ الإسلامِ والرِّدَّةِ جَمِيعاً)؛ لأنَّ العواقلَ لا تَعقِلُ المرتدَّ؛ لانعدامِ النُّصرةِ، فتكونُ في مالِهِ.

وعندهما: الكسبانِ جميعاً مالُهُ؛ لِنُفوذِ تَصرُّفاتِهِ في الحالين، ولهذا يجري الإرثُ فيهما عندهما.

وعنده: مالُهُ المُكتَسَبُ في الإسلامِ؛ لِنَفاذِ تَصرُّفِه فيه دونَ المَكسوبِ في الرِّدَّةِ؛ لِتوقُّفِ تصرُّفِه، ولهذا كان الأوَّلُ ميراثاً عنه، والثاني فَيئاً عنده.

(وإذا قُطِعَتْ يَدُ المُسلِمِ عَمْداً فَارتَدَّ - والعياذُ بالله - ثَمَّ ماتَ على رِدَّتِهِ مِنْ ذلك، أو لَحِقَ بِدارِ الحَرْبِ ثمَّ جاءَ مُسلِماً، فَماتَ مِنْ ذلكَ، فَعَلَى القاطِعِ نِصفُ الدِّيَةِ في مالِهِ لِلوَرَثَةِ):

- أمَّا الأوَّل فلأنَّ السِّرايةَ حَلَّت مَحلاً غيرَ مَعصوم فَأُهدِرَت، بخلافِ ما إذ قُطِعت يدُ المُرتدِّ ثمَّ أسلَمَ فَماتَ من ذلك[1]؛ لأنَّ الإهدارَ لا يَلحَقُه الاعتبار[2]، أمَّا المُعتَبَرُ فقد يُهدَرُ بالإبراء، فكذا بالرِّدَّة.

- وأمَّا الثاني وهو ما إذا لَحِقَ، ومعناه: إذا قُضِي بِلَحاقِهِ، فلأنَّه صارَ مَيْتاً تقديراً، والموتُ يَقطعُ السِّرايةَ، وإسلامُهُ حياةٌ حادثةٌ في التَّقدير، فلا يَعودُ حكمُ الجنايةِ الأولى، فإذا لم يَقضِ القاضي بِلَحاقِهِ فهو على الخلافِ الذي نُبيِّنُه إن شاء الله تعالى.

قال: (فإنْ لَمْ يَلْحَقْ وأسْلَمَ ثُمَّ ماتَ فَعَلَيهِ الدِّيَةُ كامِلَةً)، وهذا عند أبي حنيفة

---

(١) فإنَّه لا يضمن القاطعُ من ذلك شيئاً وإن كان معصوماً وقتَ السِّراية.

(٢) يعني: إذا لم يقع معتَبَراً ابتداءً لا ينقلب معتَبَراً بعد ذلك؛ لأنَّ غيرَ المُوجِب لا ينقلب مُوجِباً.

وإذا ارتَدَّ المُكاتَبُ وَلَحِقَ بِدارِ الحَرْبِ وَاكْتَسَبَ مالاً، فَأُخِذَ بِمالِهِ وَأَبى أنْ يُسلِمَ، فَقُتِلَ، فإنَّهُ يُوَفَّى مَوْلاهُ مُكَاتَبَتَهُ وما بَقِيَ فَلِوَرَثَتِهِ. ....

وأبي يوسف. وقال محمد وزفر: في جميع ذلك نصفُ الدِّية؛ لأنَّ اعتراضَ الرِّدَّةِ أهدَرَ السِّرايةَ، فلا يَنقلِبُ بالإسلامِ إلى الضَّمانِ، كما إذا قَطَعَ يَدَ مرتدٍّ فأسلَمَ.

ولهما: أنَّ الجنايةَ وَرَدَت على مَحلٍّ مَعصوم وتَمَّت فيه، فَيَجبُ ضمانُ النَّفسِ، كما إذا لم تتخلَّلِ الرِّدَّةُ، وهذا؛ لأنَّه لا مُعتَبَر بقيامِ العصمةِ في حال بقاءِ الجناية، وإنَّما المُعتَبَرُ قيامُها في حالِ انعقادِ السَّببِ وفي حالِ ثبوتِ الحكم، وحالةُ البقاءِ بِمَعزِلٍ من ذلك كلِّه، وصار كقيام المِلْك في حال بقاء اليمين[1].

(وإذا ارتَدَّ المُكاتَبُ وَلَحِقَ بدارِ الحَرْبِ وَاكْتَسَبَ مالاً، فَأُخِذَ بِمالِهِ وَأَبى أنْ يُسلِمَ، فَقُتِلَ، فإنَّهُ يُوَفَّى مَوْلاهُ مُكَاتَبَتَهُ وما بَقِيَ فَلِوَرَثَتِهِ)، وهذا ظاهرٌ على أصلهما؛ لأنَّ كسبَ الرِّدَّةِ مِلكُه إذا كان حُرّاً، فكذا إذا كان مُكاتَباً.

وأمَّا عند أبي حنيفة: فلأنَّ المُكاتَبَ إنَّما يَملِكُ أكسابَهُ بالكتابةِ، والكتابةُ لا تتوقَّفُ بالرِّدَّةِ فكذا أكسابُهُ، ألا ترى أنَّه[2] لا يتوقَّفُ تَصرُّفُه بالأقوى وهو الرِّقُّ، فكذا بالأدنى[3] بالطَّريق الأولى[4].

---

(١) يعني: إذا قال لعبده: «إن دخلتَ الدَّارَ فأنتَ حُرٌّ» ثمَّ باعه، ثمَّ اشتراه، ثمَّ دخل الدَّارَ عَتَقَ، أمَّا لو عُدِمَ المِلكُ عندَ اليمين أو عند الحِنْث لم يَعتِق. عناية.

(٢) أي: المكاتب.

(٣) يعني: الرِّدَّة.

(٤) وإنَّما كان الرِّقُّ أقوى من الرِّدَّة في المانعية عن التَّصرُّف؛ لأنَّ بعضَ تَصرُّفاتِ المُرتدِّ نافذٌ بالإجماع كالاستيلادِ والطَّلاقِ. عناية.

وإذا ارتدَّ الرَّجُلُ وامرأتُهُ - والعياذُ بالله - وَلَحِقا بدَارِ الحَرْبِ، فَحَبِلَتِ المرأةُ في دارِ الحَرْبِ وَوَلَدَتْ وَلَداً، وَوُلِدَ لِوَلَدِهِما وَلَدٌ، فَظُهِرَ عليهم جميعاً، فَالوَلَدَانِ فَيْءٌ.

(وإذا ارتدَّ الرَّجُلُ وامرأتُهُ - والعياذُ بالله - وَلَحِقا بدَارِ الحَرْبِ، فَحَبِلَتِ المرأةُ في دارِ الحَرْبِ وَوَلَدَتْ وَلَداً، وَوُلِدَ لِوَلَدِهِما وَلَدٌ، فَظُهِرَ عليهم جميعاً، فَالوَلَدَانِ فَيْءٌ)؛ لأنَّ المُرتدَّةَ تُسترَقُّ فَيَتبعُها وَلَدُها، ويُجْبَرُ الولدُ الأوَّلُ على الإسلام[1]، ولا يُجبرُ وُلَدُ الولدِ[2]، وروَى الحسنُ عن أبي حنيفة: أنَّه يُجبَر تَبَعاً لِلجَدِّ، وأصلُهُ التَّبعيَّةُ في الإسلام[3]، وهي رابعةُ أربعِ مسائل كلُّها على الرِّوايتين[4]، والثَّانيةُ صدقةُ الفِطْر[5]، والثَّالثةُ جَرُّ الوَلاء[6]، والأخرى الوصيَّةُ لِلقَرابة[7].

---

(١) لأنَّه يَتْبَعُ أبويه أو أحدهما في الدِّين، فيكون مُسلِماً بإسلامِهِما ومُرتدّاً بِرِدَّتِهما، فلمَّا كان مرتدّاً بردَّتِهما أُجبِر كما يُجبَران. فتح.

(٢) لأنَّه لا يَتْبَعُ جدَّه بل أباه، وإنَّما لم يُجعَل تبعاً لأبيه في الرِّدَّة فَيُجبَر مِثلَه؛ لأنَّ ردَّة أبيه كانت تبعاً والتَّبعُ لا يُستَتْبَع، خصوصاً وأصلُ التَّبعيَّة ثابتةٌ على خلاف القياس؛ لأنَّه لم يرتدَّ حقيقةً، ولهذا يُجبَر بالحبس لا بالقتل، بخلاف أبيه، وإذا لم يَتبَعِ الجَدَّ فَيُسترَقُّ، أو تُوضَع عليه الجِزيةُ، أو يُقتل؛ لأنَّ حُكمَه حينئذٍ حكمُ سائرِ أهلِ الحرب إذا أُسِرُوا، وأمَّا الجدُّ فَيُقتل لا محالة؛ لأنَّه المرتدُّ بالأصالة أو يُسلِم. فتح.

(٣) يعني: أصلُ الجَبْرِ على الإسلام تبعاً لِلجَدِّ، هو ثُبوتُ الإسلام تَبَعاً لِلجَدِّ. فتح.

(٤) يعني: في ظاهر الرواية لم يُجعل الجدُّ بمنزلة الأبِ في تلك المسائل، وفي رواية الحسنِ عن أبي حنيفة جُعِل الجدُّ فيها بمنزلة الأب.

(٥) صورتها: أنَّ الأب إذا كان فقيراً أو عبداً والجدُّ موسِرٌ، هل تجب فطرةُ الحافد عليه أو لا؟ ففي ظاهر الرواية لا، وفي رواية الحسن تجب.

(٦) صورتها: مُعتقَةٌ تزوَّجت بعبدٍ وله أبٌ عبدٌ فوَلَدَت منه، فالولَدُ حرٌّ تبعاً لأمِّه، وولاؤه لمولى أمِّه، فإذا عَتَق جدُّه لا يَجُرُّ ولاءَ حافِدِه إلى مواليه عن موالي أمِّه في ظاهر الرواية، وفي رواية الحسن يَجرُّه كما لو أُعتِق أبوه.

(٧) صورتها: رجلٌ أوصى لذي قرابته، لا يدخل الوالِدانِ ويدخلُ الجدُّ في ظاهر الرِّواية، وفي رواية الحسن لا يدخل كالأب.

وارتِدَادُ الصَّبيِّ الذي يَعْقِلُ ارتِدادٌ عند أبي حنيفة ومحمَّدٍ، وَيُجبَرُ على الإسلامِ وَلا يُقْتَلُ، وإسْلامُهُ إسلامٌ، ولا يَرِثُ أبَوَيهِ إنْ كانا كافِرَيْنِ، وقال أبو يوسف: ارِتدادُهُ ليسَ بارتِدادٍ وإسلامُهُ إسلامٌ.

حكم ردة الصبي

قال: (وارتِدَادُ الصَّبيِّ الذي يَعْقِلُ ارتِدادٌ عند أبي حنيفة ومحمَّدٍ، وَيُجبَرُ على الإسلامِ وَلا يُقْتَلُ، وإسْلامُهُ إسلامٌ، ولا يَرِثُ أبَوَيهِ إنْ كانا كافِرَيْنِ. وقال أبو يوسف: ارِتدادُهُ ليسَ بارتِدادٍ وإسلامُهُ إسلامٌ)، وقال زفر والشَّافعيُّ[١]: إسلامُهُ ليس بإسلامٍ وارتدادُهُ ليس بارتدادٍ.

لهما في الإسلام: أنَّه تَبَعٌ لأبويه فيه، فلا يُجعَل أصلاً[٢]، ولأنَّه يُلزِمُهُ أحكاماً تَشُوبُها المَضرَّة[٣] فلا يُؤهَّل له.

ولنا فيه[٤]: أنَّ عليّاً رضي الله عنه أسلَمَ في صِباه، وصحَّحَ النَّبيُّ ﷺ إسلامَهُ، وافتخارُهُ بذلك مشهورٌ[٥]. ولأنَّه أتى بحقيقةِ الإسلامِ، وهي التَّصديقُ والإقرارُ معه؛ لأنَّ

---

(١) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٤/ ١٦٩) دار الفكر: ويعتبرُ فيمن يصيرُ مرتدّاً بشيءٍ ممَّا مَرَّ أن يكون مكلَّفاً مختاراً، (و) حينئذٍ (لا تصحُّ رِدَّةُ صبيٍّ) ولو مميِّزاً، (و) لا رِدَّةُ (مجنونٍ) لعدمِ تكليفهما، فلا اعتداد بقولهما واعتقادهما. اهـ.

(٢) لِتنافٍ بين صفةِ الأصليَّةِ والتَّبعيَّة؛ لأنَّ الأولى سِمةُ القدرةِ، والثَّانيةَ سِمةُ العجزِ.

(٣) من حرمانِ الإرثِ والفُرقةِ بينه وبين زوجته المُشرِكة.

(٤) أي: إسلامه.

(٥) قال الزيلعي (٣/ ٤٥٩): اختلفت الرِّواية في إسلام علي رضي الله عنه، فأخرج البخاري في تاريخه عن عروة قال: أسلَمَ عليٌّ وهو ابن ثماني سنين.
وأخرج الحاكم في المستدرك (٣/ ١٢٠) (٤٥٨٠) من طريق ابن إسحاق أنَّ علياً أسلَمَ وهو ابن عشر سنين. وأخرج (٣/ ١٢٠) (٤٥٨١) عن الحسن قال: أسلَمَ عليٌّ و هو ابنُ عشرٍ أو ابنُ ستَّ عشرة سنة. وأخرج أيضاً (٣/ ١٢٠) (٤٥٨٣) عن ابن عباس أنَّ رسول الله ﷺ دفع الرَّايةَ إلى عليٍّ يومَ بدرٍ، وهو ابنُ عشرين سنة. وقال: صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه. =

الإقرارَ عن طَوعٍ دليلٌ على الاعتقادِ على ما عُرِف، والحقائقُ لا تُرَدُّ، وما يَتعلَّقُ به سعادةٌ أبديَّةٌ ونجاةٌ عُقباوِيَّةٌ، وهي من أجلِّ المنافعِ، وهو الحكمُ الأصليُّ، ثمَّ يُبتَنى عليه غَيرُها فلا يُبالَى بِشَوبِه.

ولهم في الرِّدَّة: أنَّها مَضرَّةٌ مَحضةٌ، بخلاف الإسلامِ على أصلِ أبي يوسف؛ لأنَّه تعلَّقَ به أعلى المنافعِ على ما مَرَّ.

ولأبي حنيفة ومحمد فيها: أنَّها[1] موجودةٌ حقيقةً، ولا مردَّ للحقيقة كما قلنا في الإسلام، إلَّا أنَّه يُجبَرُ على الإسلامِ لِما فيه من النَّفعِ له، ولا يُقتَلُ؛ لأنَّه عقوبةٌ، والعقوباتُ موضوعةٌ عن الصِّبيانِ مَرحَمَةً عليهم. وهذا في الصَّبيِّ الذي يَعقِل.

ومَنْ لا يَعقِلُ من الصِّبيانِ لا يصحُّ ارتدادُهُ؛ لأنَّ إقرارَهُ لا يدلُّ على تغيُّرِ العقيدةِ، وكذا المجنونُ والسَّكرانُ الذي لا يَعقِل.

= قال الذهبي في مختصره: هذا نصٌّ في أنَّه أسلم وله أقلُّ من عشر سنين، بل نصٌّ في أنَّه أسلم ابنَ سبعِ سنين، أو ثماني سنين، وهو قولُ عروة. اهـ

وممَّا يدلُّ على صحَّةِ إسلامِ الصَّبيِّ ما أخرجه البخاري في الجنائز، باب: إذا أسلم الصبي فمات هل يصلى عليه وهل يعرض على الصبي الإسلام (١٢٩٠) عن أنس رضي الله عنه قال: كان غلامٌ يهوديٌّ يَخدُمُ النَّبيَّ ﷺ فَمَرِضَ، فأتاه النَّبيُّ ﷺ يَعودُهُ فَقَعَد عند رأسِهِ فقال له: «أسلِمْ»، فنَظَرَ إلى أبيه وهو عنده، فقال له: أطِعْ أبا القاسم ﷺ، فأسلَمَ، فخَرَجَ النَّبيُّ ﷺ وهو يقول: «الحمدُ لله الذي أنقَذَهُ من النَّار».

(١) أي: الرِّدَّة.

باب البُغاة

وإذا تَغَلَّبَ قَومٌ مِنَ المُسلِمينَ على بَلَدٍ، وَخَرجُوا مِنْ طاعَةِ الإمامِ، دَعاهُمْ إلى العَودِ إلى الجَماعَةِ وكَشَفَ عَنْ شُبْهَتِهِمْ. ....

(باب البُغاة[1])

(وإذا تَغَلَّبَ قَومٌ مِنَ المُسلِمينَ على بَلَدٍ، وَخَرجُوا مِنْ طاعَةِ الإمامِ، دَعاهُمْ إلى العَودِ إلى الجَماعَةِ وكَشَفَ عَنْ شُبْهَتِهِمْ)؛ لأنَّ عليّاً فعلَ كذلك بأهلِ حَرُوراءَ قبلَ قتالهم[2]، ولأنَّه أهونُ الأمرين، ولعلَّ الشَّرَّ يَندفعُ به، فَيَبدأ به.

---

(١) «البغاة» جمع «باغ»، وهذا الوزن مطَّردٌ في كلِّ اسم فاعلٍ معتلِّ اللام، كغُزاة ورُماة وقُضاة.
والبغيُ في اللُّغة: الطَّلبُ، بغيتُ كذا، أي: طلبته، قال تعالى حكاية ﴿ذَٰلِكَ مَا كُنَّا نَبۡغِۚ﴾[الكهف: ٦٤]، ثمَّ اشتَهر في العُرف في طَلَبِ ما لا يَحِلُّ من الجور والظُّلم.
والباغي في عرف الفقهاء: الخارجُ عن طاعة إمامِ الحقِّ. فتح.

(٢) أخرج النسائي في الكبرى - واللفظ له - كتاب الخصائص، باب: ذكر مناظرة عبد الله بن عباس الحرورية واحتجاجه فيما أنكروه على أمير المؤمنين علي بن أبي طالب رضي الله عنه (٨٥٧٥)، والحاكم (٤/ ٢٠٢) (٧٣٦٨) عبد الله بن عباس قال: لمَّا خَرجتِ الحَرُوريَّةُ اعتزلوا في دارٍ، وكانوا ستَّةَ آلافٍ، فقلتُ لعليٍّ: يا أميرَ المؤمنين أبرِدْ بالصَّلاةِ لَعَلِّي أكلِّمُ هؤلاءِ القوم، قال: إنِّي أخافُهُم عليكَ، قلتُ: كلا، فَلبِستُ وتَرجَّلتُ ودخلتُ عليهم في دارٍ نصفَ النَّهار وهم يأكلون، فقالوا: مرحباً بك يا ابنَ عباس، فما جاءَ بك؟ قلتُ لهم: أتيتُكُم من عندِ أصحابِ النَّبيِّ ﷺ المهاجرينَ والأنصارِ ومِنْ عندِ ابنِ عمِّ النَّبيِّ ﷺ وصهرِهِ وعليهم نزَلَ القرآنَ، فهم أعلَمُ بتأويلِهِ منكم، وليس فيكم منهم أحدٌ لأبلِّغكم ما يقولون وأبلِّغُهم ما تقولون، فانتَحَى لي نفَرٌ منهم، قلت: هاتُوا ما نَقَمتُم على أصحابِ رسولِ الله ﷺ وابنِ عمِّه، قالوا: ثلاثٌ، قلت: ما هُنَّ؟ قالوا: أمَّا إحداهنَّ فإنَّه حَكَّمَ الرِّجالَ في أمرِ اللهِ، وقال الله: ﴿إِنِ ٱلۡحُكۡمُ إِلَّا لِلَّهِۖ﴾[الأنعام: ٥٧]، ما شأنُ الرِّجالِ والحُكم؟ قلت: هذه واحدةٌ، قالوا: وأمَّا الثَّانية فإنَّه قاتَلَ ولم يَسْبِ ولم يَغنَم، فإن كانوا كفَّاراً لقد حَلَّ سَبيُهُم، ولئن كانوا مؤمنين ما حَلَّ سبيُهُم ولا قتالُهُم. قلت: هذه ثِنتان فما الثَّالثة؟ قالوا: مَحَى نفسَهُ من أمير المؤمنين، فإن لم يكن أميرَ المؤمنين فهو أميرُ الكافرين. قلتُ: هل عندَكُم شيءٌ غيرُ هذا؟ قالوا: حَسبُنا هذا، قلتُ لهم: أرأيتُكُم إن قرأتُ عليكم من كتابِ اللهِ جلَّ ثناؤه وسنَّةِ نبيِّه ﷺ ما يَرُدُّ قولَكُم أترجِعُون؟ قالوا: نعم. =

ولا يَبدَأُ بِقِتالٍ حتَّى يَبدؤُوه، فإنْ بَدَؤُوهُ قاتَلَهُمْ حَتَّى يُفَرِّقَ جَمْعَهُم. ....

(ولا يَبدَأُ بِقِتالٍ حتَّى يَبدؤُوه، فإنْ بَدَؤُوهُ قاتَلَهُمْ حَتَّى يُفَرِّقَ جَمْعَهُم)، قال العبدُ الضَّعيفُ: هكذا ذكَرَهُ القُدوريُّ في مُختَصَره. وذكَرَ الإمامُ المَعروفُ بِخَواهر زاده: أنَّ عندنا يجوزُ أن يَبدَأَ بقتالِهِم إذا تَعسكَروا واجتَمَعُوا.

وقال الشَّافعيُّ[1]: لا يجوزُ حتَّى يَبدؤوا بالقتالِ حقيقةً؛ لأنَّه لا يجوزُ قَتلُ المُسلمِ

= قلت: أمَّا قولُكُم حَكَّمَ الرِّجالَ في أمر اللهِ، فإنِّي أقرأ عليكم في كتاب الله أنْ قد صيَّرَ حُكمَهُ إلى الرِّجال في ثَمَنِ رُبعِ درهم، فأمر الله تبارك وتعالى أن يَحكُمُوا فيه، أرأيتُم قولَ الله تبارك وتعالى ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقۡتُلُواْ ٱلصَّيۡدَ وَأَنتُمۡ حُرُمٞۚ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدٗا فَجَزَآءٞ مِّثۡلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ يَحۡكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدۡلٖ مِّنكُمۡ﴾ [المَائدة: ٩٥]، وكان مِن حُكم اللهِ أنَّه صيَّرَه إلى الرِّجالِ يَحكمُونَ فيه، ولو شاءَ يَحكُمُ فيه فجاز مِن حُكمِ الرِّجال، أنشُدُكم بالله أحكمُ الرِّجالِ في صَلاحِ ذاتِ البَينِ وحَقنِ دمائِهِم أفضلُ أو في أرنبٍ؟ قالوا: بلى، بل هذا أفضل. وفي المرأةِ وزَوجِها ﴿وَإِنۡ خِفۡتُمۡ شِقَاقَ بَيۡنِهِمَا فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ﴾ [النِّساء: ٣٥] فنشدتُكم باللهِ حَكَّمَ الرِّجال في صلاحِ ذاتِ بينهم، وحقنُ دمائِهِم أفضلُ من حُكمِهِم في بُضعِ امرأةٍ، خرجتُ من هذه؟ قالوا: نعم.

قلت: وأمَّا قولُكُم قاتَلَ ولم يَسبِ ولم يَغنَمْ، أفتَسبُونَ أمَّكم عائشةَ تَستحلُّون منها ما تَستحلُّون من غيرها، وهي أمُّكُم؟ فإن قلتُم: إنَّا نستحلُّ منها ما نستحِلُّ من غيرِها فقد كفرتم، وإن قلتُم: ليست بأمِّنا فقد كفرتم ﴿ٱلنَّبِيُّ أَوۡلَىٰ بِٱلۡمُؤۡمِنِينَ مِنۡ أَنفُسِهِمۡۖ وَأَزۡوَٰجُهُۥٓ أُمَّهَٰتُهُمۡۗ﴾ [الأحزاب: ٦]، فأنتم بين ضلالتين، فأتوا منها بِمَخرَجٍ. أفخَرجتُ من هذه؟ قالوا: نعم.

وأمَّا مَحيُ نفسِهِ من أميرِ المؤمنين، فأنا آتيكم بما تَرضَون أنَّ نبيَّ اللهِ ﷺ يومَ الحديبيةِ صالَحَ المشركينَ فقال لِعليٍّ: اكتُبْ يا عليُّ هذا ما صالَحَ عليه محمَّدٌ رسولُ اللهِ، قالوا: لو نَعلَمُ أنَّك رسولُ اللهِ ﷺ ما قاتلناك، فقال رسولُ الله ﷺ: أُمحُ يا علي، اللَّهمَّ إنَّك تَعلَمُ أنِّي رسولُ اللهِ، أُمحُ يا عليُّ واكتُبْ: هذا ما صالَحَ عليه محمدُ بنُ عبدِ الله، واللهِ لَرَسولُ الله ﷺ خيرٌ من عليٍّ وقد مَحَى نفسَهُ، ولم يكن مَحوُهُ نفسَهُ ذلك محواً من النُّبوَّةِ، أخرجتُ من هذه؟ قالوا: نعم، فرجَعَ منهم ألفان، وخرَجَ سائرُهُم فقُتِلُوا على ضلالتِهِم، قتَلَهم المهاجرون والأنصار.

(١) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٤/ ١٥٥) دار الفكر: (ولا يُقاتلُ) الإمامُ (البغاةَ حتَّى يَبعَثَ إليهم أميناً فَطِناً) إن كان البعثُ للمناظرة، كما قاله بعض المتأخرين، (ناصحاً) لهم، فإذا وصل إليهم (يَسألُهُم ما يَنقِمُون) أي: يكرهون. =

فإنْ كانتْ لهم فِئةٌ أُجهِزَ على جَرِيحِهِمْ وأُتبعَ مُوَلِّيهِمْ، وإنْ لم يكنْ لهم فِئةٌ لم يُجهَزْ على جَرِيحِهِمْ ولم يُتْبَعْ مُوَلِّيهِم، ....

إلَّا دَفْعاً، وهم مُسلِمون، بخلافِ الكافرِ؛ لأنَّ نفسَ الكُفرِ مُبيحٌ عنده.

ولنا: أنَّ الحكمَ يُدارُ على الدَّليل، وهو الاجتماعُ والامتناعُ، وهذا لأنَّه لو انتظَرَ الإمامُ حقيقةَ قتالِهِم ربَّما لا يُمكِنه الدَّفعُ، فَيُدارُ [الحكمُ][1] على الدَّليلِ ضرورةَ دَفعِ شَرِّهم.

وإذا بَلَغَه أنَّهم يَشتَرُون السِّلاحَ ويَتأهَّبُون للقتال، ينبغي أن يأخُذَهُم ويَحبِسَهم حتَّى يُقلِعُوا عن ذلك ويُحدِثُوا توبةً، دفعاً للشَّرِّ بِقَدرِ الإمكان.

والمرويُّ عن أبي حنيفة من لُزومِ البيتِ مَحمولٌ على حال عدمِ الإمام، أمَّا إعانةُ الإمامِ الحقِّ فَمِنَ الواجب عندَ الغَناءِ والقُدرةِ.

(فإنْ كانتْ لهم فِئةٌ أُجهِزَ على جَرِيحِهِمْ وأُتبعَ مُوَلِّيهِمْ) دفعاً لِشَرِّهم كي لا يَلحقُوا بهم، (وإنْ لم يكنْ لهم فِئةٌ لم يُجهَزْ على جَرِيحِهِمْ ولم يُتْبَعْ مُوَلِّيهِم)؛ لاندفاع الشَّرِّ دونه.

= تنبيه: ظاهر عبارته أنَّ البعثَ واجبٌ، وهو ظاهر عبارة الشَّرحين أيضاً، وصرَّح به ابنُ الصَّباغِ وغيره، وقال في المَطلب: هو ظاهر كلام الشافعي، وصرَّح به الأصحاب، وفي تعليق القاضي أبي الطيب أنَّه مستحبٌّ.
(فإن ذَكَروا مَظلَمَةً) هي سببُ امتناعهم من الطَّاعة، (أو شُبهةً أزالها)؛ لأنَّ المقصودَ بقتالهم ردُّهم إلى الطَّاعة، ودفعُ شرِّهم كدفع الصَّائل دونَ قَتلِهم، (فإن أصَرُّوا) بعد الإزالةِ، أو لم يذكروا شيئاً (نَصَحَهم) ووَعَظَهم وخوَّفهم سوءَ عاقبةِ البغي، وأمرهم بالعودِ للطَّاعة، (ثمَّ) إن أصرُّوا دَعاهم إلى المناظرة، فإن لم يُجيبوا أو أجابوا وغَلَبوا في المُناظرة وأَصَرُّوا (آذَنَهم) أي: أعلَمَهم (بالقتال). اهـ.

(1) زيادة من (د).

ولا يُسْبَى لهم ذُرِّيَّةٌ، ولا يُقْسَمُ لهم مالٌ، ولا بأسَ بِأَنْ يُقاتِلُوا بِسِلاحِهِمْ إنِ احتاجَ المُسلِمُونَ إليه، ....

وقال الشَّافعيُّ[1]: لا يجوز ذلك في الحالين؛ لأنَّ القتال إذا تركوه لم يبقَ قَتْلُهم دَفعاً.

وجوابُهُ ما ذكرناه أنَّ المُعتَبَرَ دليلُهُ لا حقيقته.

(ولا يُسْبَى لهم ذُرِّيَّةٌ، ولا يُقْسَمُ لهم مالٌ)؛ لقول عليٍّ يومَ الجملِ: «ولا يُقتَلُ أسيرٌ، ولا يُكشَفُ سِترٌ، ولا يُؤخَذ مالٌ[2]»، وهو القدوةُ في هذا الباب.

وقولُهُ[3] في الأسير تأويلُهُ إذا لم يكن لهم فِئةٌ، فإن كانت يَقتُلُ الإمامُ الأسيرَ، وإن شاءَ حبَسَهُ لِما ذكرنا، ولأنَّهم[4] مسلمونَ والإسلامُ يَعصِمِ النَّفسَ والمالَ.

(ولا بأسَ بِأَنْ يُقاتِلُوا بِسِلاحِهِمْ إنِ احتاجَ المُسلِمُونَ إليه)، وقال الشَّافعيُّ[5]:

---

(١) قال في المصدر السابق (٤/ ١٥٦): (ولا يُقاتِلَ مُدبِرَهُم) إذا وقع قتالٌ، ولا مَن ألقى سلاحَهُ وأعرض عن القتال، (ولا مُثخَنَهم) من أثخنه الجرحُ إذا أضعفه (و) لا (أسيرَهُم). اهـ.

(٢) أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الجمل، باب: في مسيرة عائشة وعلي وطلحة والزبير (٣٧٨١٦) عن جعفر بن محمد عن أبيه قال: أمَرَ عليٌّ مناديه فنادى يومَ البصرةِ، لا يُتبَعْ مُدبِرٌ، ولا يُذفَّفُ على جريح، ولا يُقتَل أسيرٌ، ومَن أغلَقَ باباً فهو آمنٌ، ومن ألقى سلاحَهُ فهو آمِنٌ، ولم يأخذ من مَتاعِهِم شيئاً.

وأخرج الحاكم (٢/ ١٦٨) (٢٦٦٢) عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ لعبد الله بن مسعود: «يا ابنَ مسعودٍ أتدري ما حكمَ اللهِ فيمن بَغَى من هذه الأمَّةِ؟»، قال ابن مسعود: اللهُ ورسولُهُ أعلم، قال: «فإنَّ حكمَ اللهِ فيهم أن لا يُتبَعَ مُدبِرُهُم، ولا يُقتَلَ أسيرُهُم، ولا يُذَفَّفَ على جَريحِهِم».

(٣) أي: قول سيدنا علي رضي الله عنه «ولا يقتل أسير».

(٤) عطفٌ على قوله: «لقول علي ...».

(٥) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٤/ ١٥٦) دار الفكر: (ويَرُدُّ) وُجوباً (سِلاحَهُم وخيلَهُم) وغيرهما (إليهم إذا انقضَتِ الحربُ وأُمِنَتْ غائِلَتُهُم) أي: شرُّهُم بتفرُّقِهِم أو ردِّهم للطاعةِ؛ لزوال المحذورِ حينئذ.

تنبيه: فهم مِن ردِّ السِّلاح والخيلِ إليهم غيرُهُما من الأموالِ التي ليست عوناً لهم في القتال من بابٍ أولى.

وَيَحبِسُ الإمامُ أموالَهُمْ، فَلا يَرُدُّها عليهم ولا يُقسِّمُها حتَّى يَتُوبُوا، فَيَرُدَّها عليهم.

لا يجوزُ، والكُراعُ على هذا الخلافِ.

له: أنَّه مالُ مسلم، فلا يجوزُ الانتفاعُ به إلَّا برضاه.

ولنا: أنَّ علياً قَسَمَ السِّلاحَ فيما بين أصحابِهِ بالبصرةِ[1]، وكانت قِسمتُهُ للحاجةِ لا للتَّمليكِ، ولأنَّ للإمامِ أن يَفعَلَ ذلك في مالِ العادِلِ عندَ الحاجةِ، ففي مالِ الباغي أولى، والمعنى فيه[2] إلحاقُ الضَّررِ الأدنى لِدَفْع الأعلى.

(وَيَحبِسُ الإمامُ أموالَهُمْ، فَلا يَرُدُّها عليهم ولا يُقسِّمُها حتَّى يَتُوبُوا، فَيَرُدَّها عليهم)، أمَّا عدَمُ القسمةِ فَلِما بيَّنَّاه[3].

وأمَّا الحبسُ فَلِدَفعِ شرِّهم بِكَسْر شَوكتِهِم، ولهذا يَحبِسُها عنهم وإن كان لا يحتاجُ إليها، إلَّا أنَّه يَبِيعُ الكُراعَ؛ لأنَّ حَبْسَ الثَّمَنِ أنظَرُ وأيسَرُ، وأمَّا الرَّدُّ بعد التَّوبةِ فَلانْدِفاعِ الضَّرورةِ ولا استِغنَام فيها.

= (ولا يُستعمَلُ) أي: يحرمُ استعمالُ شيءٍ من سلاحهم وخيلِهِم أو غيرهما من أموالهم (في قتالٍ) وغيرِهِ؛ لعموم قوله ﷺ: «لا يحلُّ مالُ امرئ مسلم إلَّا بطيب نفسٍ منه»، (إلا لضرورة) كما إذا خِيف انهزامُ أهلِ العدلِ، ولم يجدوا غيرَ خيولهم فيجوزُ لهم ركوبُها، وكذا إن لم يَجِدُوا ما يدفعون به عنهم غيرَ سلاحهم. اهـ.

(١) أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الجمل، باب: في مسيرة عائشة وعلي وطلحة والزبير (٣٧٨٢٠) عن ابن الحنفيَّة أنَّ علياً قسَمَ يومَ الجَملِ في العَسكرِ ما أجابوا عليه من سلاحٍ أو كُراعٍ. وأخرج برقم (٣٧٧٨٠) عن أبي البختري قال: لما انهَزَم أهلُ الجملِ قال عليٌّ: لا يُطلَبَنَّ عبدٌ خارجاً من العسكر، وما كان من دابَّةٍ أو سلاحٍ فهو لكم، وليس لكم أمَّ ولدٍ، والمواريثُ على فرائضِ الله، وأيُّ امرأةٍ قُتِل زوجُها فلتَعتَدَّ أربعةَ أشهرٍ وعشراً، قالوا: يا أميرَ المؤمنين تَحِلُّ لنا دماؤهم ولا تَحِلُّ لنا نساؤهم، قال فخاصَمُوهُ، فقال: كذلك السِّيرةُ في أهلِ القبلةِ، قال: فَهاتُوا سِهامَكُم واقرَعُوا على عائشة، فهي رأسُ الأمرِ وقائدُهُم، قال: فَفَرِقُوا وقالوا: نَستغفِرُ الله، قال: فخَصَمَهم عليٌّ.

(٢) أي: المعنى المبيح في استعمال أسلحة أهل البغي وكراعهم هو إلحاق ...

(٣) إشارة إلى قول علي: «ولا يؤخذ مال ...»، وقوله: «لأنَّهم مسلمون»، تنظر ص (٦٣٣).

وما جَبَاهُ أهلُ البَغْيِ مِنَ البِلادِ التي غَلَبُوا عليها مِنَ الخَراجِ والعُشْرِ، لَمْ يَأخُذْهُ الإمامُ ثانياً: فإنْ كانُوا صَرَفُوهُ في حَقِّهِ أَجْزَأَ مَنْ أُخِذَ مِنْهُ، وإنْ لَمْ يكونُوا صَرَفُوهُ في حَقِّهِ فَعَلَى أهلِهِ فِيما بَيْنَهُم وبينَ اللهِ تعالى أنْ يُعِيدُوا ذلك. ومَنْ قَتَلَ رَجُلاً وهُما مِنْ عَسْكَرِ أهلِ البَغْيِ، ثُمَّ ظُهِرَ عَلَيهِم فَلَيسَ عَلَيْهِم شَيْءٌ. وإنْ غَلَبُوا على مِصْرٍ، فَقَتَلَ رَجلٌ مِنْ أهلِ المِصْرِ رَجُلاً مِنْ أهلِ المِصْرِ عَمْداً، ثُمَّ ظُهِرَ على المِصْرِ، فَإِنَّهُ يُقْتَصُّ منه.

قال: (وما جَبَاهُ أهلُ البَغْيِ مِنَ البِلادِ التي غَلَبُوا عليها مِنَ الخَراجِ والعُشْرِ، لَمْ يَأخُذْهُ الإمامُ ثانياً)؛ لأنَّ ولايةَ الأخذِ له باعتبارِ الحمايةِ ولم يَحْمِهِم، (فإنْ كانُوا صَرَفُوهُ في حَقِّهِ أَجْزَأَ مَنْ أُخِذَ مِنْهُ)؛ لِوُصولِ الحقِّ إلى مُستحِقِّه، (وإنْ لَمْ يَكونُوا صَرَفُوهُ في حَقِّهِ فَعَلَى أهلِهِ فِيما بَيْنَهُم وبينَ اللهِ تعالى أنْ يُعِيدُوا ذلك)؛ لأنَّه لم يَصِلْ إلى مُستحِقِّه.

قال العبد الضَّعيف: قالوا: لا إعادةَ عليهم في الخَراجِ؛ لأنَّهم مُقاتِلَةٌ فكانوا مصارِفَ وإنْ كانوا أغنياءَ، وفي العُشرِ إن كانوا فقراءَ فكذلك؛ لأنَّه حقُّ الفقراءِ، وقد بيَّنَّاه في الزَّكاة.

وفي المُستقبَلِ يَأخُذُهُ الإمامُ؛ لأنَّه يَحمِيهم فيه؛ لِظُهور وِلايَتِه.

(ومَنْ قَتَلَ رَجُلاً وهُما مِنْ عَسْكَرِ أهلِ البَغْيِ، ثُمَّ ظُهِرَ عَلَيهِم فَلَيسَ عَلَيْهِم شَيْءٌ)؛ لأنَّه لا وِلايةَ لإمامِ العَدْلِ حينَ القَتلِ، فلم يَنعقِدْ مُوجِباً كالقتلِ في دارِ الحربِ.

(وإنْ غَلَبُوا على مِصْرٍ، فَقَتَلَ رَجلٌ مِنْ أهلِ المِصْرِ رَجُلاً مِنْ أهلِ المِصْرِ عَمْداً، ثُمَّ ظُهِرَ على المِصْرِ، فَإِنَّهُ يُقْتَصُّ منه)، وتأويلُهُ: إذا لم يَجرِ على أهلِهِ أحكامُهُم وأُزْعِجُوا قبلَ ذلك[١]، وفي ذلك لم تنقطعْ ولايةُ الإمامِ فَيَجب القِصاص.

---

[١] أي: وطُردَ أهلُ البَغي من المصر قبلَ إجراءِ أحكامِهِم على أهلِ المصرِ.

وإذا قَتَلَ رَجُلٌ مِنْ أهلِ العَدْلِ باغِياً فَإِنَّهُ يَرِثُهُ، فإنْ قَتَلَهُ الباغي وقال: «قَدْ كنتُ على حقٍّ، وأنا الآنَ على حَقٍّ» وَرِثَهُ، وإنْ قالَ: «قَتَلتُهُ وأنا أعلَمُ أنِّي على الباطِلِ» لَمْ يَرِثْهُ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. ....

(وإذا قَتَلَ رَجُلٌ مِنْ أهلِ العَدْلِ باغِياً فَإِنَّهُ يَرِثُهُ، فإنْ قَتَلَهُ الباغي وقال: «قَدْ كنتُ على حقٍّ، وأنا الآنَ على حَقٍّ» وَرِثَهُ، وإنْ قالَ: «قَتَلتُهُ وأنا أعلَمُ أنِّي على الباطِلِ» لَمْ يَرِثْهُ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد)، وقال أبو يوسف: لا يَرِث الباغي في الوجهين، وهو قول الشَّافعيِّ[١].

وأصلُهُ: أنَّ العادِلَ إذا أتلَفَ نفسَ الباغي أو مالَهُ، لا يَضمَنُ ولا يَأثَمُ؛ لأنَّه مأمورٌ بِقتالِهِم دفعاً لِشَرِّهم، والباغي إذا قَتَلَ العادِلَ لا يَجِب الضَّمانُ عندنا ويأثَمُ.

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ في القديم: إنَّه يجبُ[٢]، وعلى هذا الخلافِ إذا تابَ المرتدُّ وقد أتلَفَ نفساً أو مالاً.

---

(١) قال الماوردي في الحاوي (١٣/ ١٣٩) الكتب العلمية: إذا اقتتل الورثةُ في قتالِ أهل البغي، فقد اختلف الناس في تَوارُثِهِم على أربعة مذاهب، مذهبُ الشَّافعيِّ: أنَّهما لا يتوارثان بحالٍ في عمدٍ ولا خطأ؛ لعموم قول رسول الله ﷺ: «لا ميراث لقاتل». اهـ.

(٢) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٤/ ١٥٤) دار الفكر: (وما أتلفَهُ باغٍ) من نفسٍ أو مالٍ (على عادلٍ وعكسِهِ) أي: أتلفَهُ عادلٌ على باغٍ (إن لم يكنْ في قتالٍ) لضرورته، بأن كان في غيرِ القتالِ، أو فيه لا لضرورته (ضَمِنَ) قطعاً كلٌّ منهما مُتلَفَه من نفسٍ ومالٍ، جرياً على الأصل في الإتلافات. يستثنى من ذلك ما إذا قصد أهلُ العدلِ بإتلافِ المالِ إضعافَهم وهزيمتَهم فإنَّه لا ضمان، قال الماوردي: بخلاف ما لو قصدوا التَّشفيَ والانتقامَ.
(وإلَّا) بأن كان الإتلافُ في قتالٍ لضرورته (فلا) ضمانَ اقتداءً بالسَّلفِ؛ لأنَّ الوقائع التي جرت في عصر الصحابة كوقعة الجمل وصفين لم يطالب بعضُهُم بعضاً بضمانِ نفسٍ ولا مالٍ، وترغيباً في الطَّاعة لئلا ينفروا عنها ويتمادوا على ما هم فيه، ولهذا سقطت التَّبعةُ عن الحربيِّ إذا أسلم.
(وفي قولٍ يَضمَنُ الباغي) ما أتلفَه على العادل؛ لأنَّهما فرقتان من المسلمين مُحِقَّةٌ ومُبطِلةٌ، فلا يستويان في سقوطِ الغُرمِ، كقطَّاعِ الطَّريقِ لِشُبهة تأويلها. اهـ.

له: أنَّه أتلَفَ مالاً معصوماً، أو قتَلَ نفساً معصومةً، فيجبُ الضَّمانُ اعتباراً بما قبلَ المَنَعَةِ.

ولنا: إجماعُ الصَّحابةِ، رواه الزُّهريُّ[(١)]. ولأنَّه أتلَفَ عن تأويلٍ فاسدٍ، والفاسِدُ منه مُلحَقٌ بالصَّحيحِ إذا ضُمَّتْ إليه المَنَعَةُ في حقِّ الدَّفْعِ[(٢)] كما في مَنَعَة أهلِ الحربِ وتَأويلِهِم، وهذا لأَنَّ الأحكامَ لا بدَّ فيها من الإلزامِ أو الالتزام، ولا التزامَ لاعتقادِ الإباحةِ عن تأويلٍ، ولا إلزامَ لِعَدَمِ الولايةِ لِوُجودِ المَنَعَةِ، والولايةُ باقيةٌ قبلَ المَنَعَةِ، وعندَ عدمِ التَّأويلِ ثَبَتَ الالتزامُ اعتقاداً، بِخلافِ الإثمِ؛ لأنَّه لا مَنَعَةَ في حقِّ الشَّارِعِ، إذا ثبَتَ هذا فنقولُ: قَتلُ العادلِ الباغي قتلٌ بحقٍّ، فلا يَمْنَعُ الإرثَ.

ولأبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ في قَتْلِ الباغي العادلَ: أنَّ التَّأويلَ الفاسدَ إنَّما يُعتَبَرُ في حقِّ الدَّفْعِ، والحاجةُ هاهنا إلى استحقاقِ الإرثِ، فلا يكونُ التَّأويلُ مُعتَبَراً في حقِّ الإرث.

ولهما فيه[(٣)]: أنَّ الحاجةَ إلى دَفْعِ الحِرْمان أيضاً[(٤)]، إذِ القرابةُ سببُ الإرثِ فَيُعتَبَرُ الفاسدُ فيه، إلَّا أنَّ مِنْ شَرطِه بَقاءَهُ على دِيانتِهِ[(٥)]، فإذا قال: «كنتُ على الباطل» لم يُوجَد الدَّافعُ، فوجب الضَّمانُ.

---

(١) أخرج عبد الرزاق في مصنفه، كتاب العقول، باب قتال الحروراء (١٨٥٨٤) عن الزُّهريِّ أنَّ سليمانَ بنَ هشام كتَبَ إليه يسألُهُ عن امرأةٍ خرَجَتْ من عندِ زَوجِها وشَهِدَت على قَومِها بالشِّركِ، ولَحِقَت بالحَرُوريَّةِ، فتزوَّجَت، ثمَّ إنَّها رَجَعَت إلى أهلِها تائبةً قال الزُّهري: فكتَبْتُ إليه: أمَّا بعدُ فإنَّ الفِتنةَ الأولى ثارَتْ وأصحابُ رسولِ الله ﷺ مِمَّن شَهِدَ بدراً كثيرٌ، فاجتَمَع رأيُهُم على أنْ لا يُقيمُوا على أحدٍ حدّاً في فَرْجٍ استَحلُّوهُ بتأويلِ القرآنِ، ولا قِصاصٍ في قَتلٍ أصابوهُ على تأويلِ القرآنِ، ولا يُرَدُّ ما أصابوه على تأويلِ القرآنِ، إلَّا أن يُوجَد بِعَينِهِ فَيُرَدُّ على صاحبِهِ، وإنِّي أرى أن تُرَدَّ إلى زَوجِها، وأن يُحَدَّ مَن افترى عليها.

(٢) أي: دفع الضَّمان.

(٣) أي: في قتل الباغي العادلَ.

(٤) أي: كما أنَّ تأويله يُعتبَرُ في حقِّ دفعِ الضَّمان، فكذا يُعتَبر في حقِّ دفعِ الحرمان.

(٥) التَّقدير: أن من شرط الإرث بقاءَ الباغي على اعتقادِهِ.

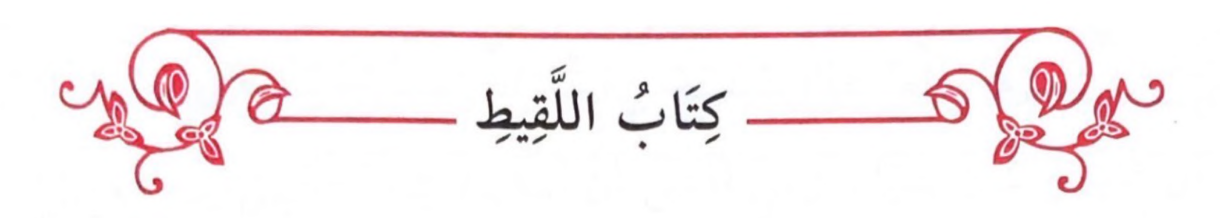
وَيُكرَهُ بَيْعُ السِّلاحِ مِنْ أهلِ الفِتْنَةِ وفي عَسَاكِرِهِمْ، وليسَ بِبَيْعِهِ بِالكُوفَةِ مِنْ أهلِ الكُوفَةِ ومَنْ لَمْ يَعرِفْهُ مِنْ أهلِ الفِتنَةِ بأسٌ.

قال: (وَيُكرَهُ بَيْعُ السِّلاحِ مِنْ أهلِ الفِتْنَةِ وفي عَسَاكِرِهِمْ)؛ لأنَّه إعانةٌ على المعصيةِ، (وليسَ بِبَيْعِهِ بِالكُوفَةِ مِنْ أهلِ الكُوفَةِ ومَنْ لَمْ يَعرِفْهُ مِنْ أهلِ الفِتنَةِ بأسٌ)؛ لأنَّ الغَلَبَةَ في الأمصارِ لأهلِ السِّلاحِ.

وإنَّما يُكرَهُ بيعُ نفسِ السِّلاحِ، لا بيعُ ما لا يُقاتَلُ به إلَّا بِصَنْعَةٍ، ألا ترى أنَّه يُكره بيعُ المعازِفِ، ولا يُكرَهُ بيعُ الخَشَبِ، وعلى هذا الخَمرُ مع العِنَب.

كتاب اللقيط





كِتَابُ اللَّقِيطِ

اللَّقِيطُ حُرٌّ، ونَفَقَتُهُ في بَيتِ المالِ، ....

(كتاب اللَّقيط)

«اللَّقيط» سُمِّي به باعتبارِ مَآلِهِ لِمَا أنَّه يُلقَطُ. والالتقاطُ مندوبٌ إليه لِما فيه من إحيائِهِ، وإنْ غَلَبَ على ظنِّهِ ضَياعُهُ فواجبٌ.

قال: (اللَّقيطُ حُرٌّ)؛ لأنَّ الأصلَ في بني آدمَ إنَّما هو الحرِّيَّةُ، وكذا الدَّارُ دارُ الأحرارِ؛ ولأنَّ الحكمَ للغالِبِ.

(ونَفَقَتُهُ في بَيتِ المالِ) هو المرويُّ عن عُمَر[1] وعليٍّ[2]، ولأنَّه مسلمٌ عاجزٌ عن التَّكسُّبِ، ولا مالَ له ولا قرابةَ، فأشبَهَ المُقعَدَ الذي لا مالَ له ولا قرابةَ؛ ولأنَّ ميراثَهُ لبيتِ المالِ، والخراجُ بالضَّمان[3]، ولهذا كانت جنايتُهُ فيه[4].

والمُلتَقِطُ متبرِّعٌ في الإنفاقِ عليه؛ لِعَدمِ الولايةِ، إلَّا أن يأمرَهُ القاضي به لِيَكونَ

---

(١) أخرج مالك في الموطأ في كتاب القضاء، باب: القضاء في المنبوذ (١٤١٧) عن سنين أبي جميلة - رجل من بني سليم - أنَّه وَجَد مَنبوذاً في زمانِ عمرَ بنِ الخطَّاب، قال: فَجِئتُ به إلى عمرَ بنِ الخَطَّاب فقال: ما حمَلَكَ على أخذِ هذهِ النَّسمَةِ؟ فقال: وجدتُها ضائعةً فأخذتُها، فقال له عَرِيفُهُ: يا أميرَ المؤمنين إنَّه رجلٌ صالحٌ، فقال له عمر: أكذلك؟قال: نعم، فقال عمرُ بنُ الخطاب: اذهَبْ فهو حُرٌّ، ولكَ وَلاؤُهُ، وعلينا نفقَتُهُ.

وكذا أخرجه عبد الرزَّاق في الولاء، باب: ولاء اللقيط (١٦١٨٢).

(٢) أخرج عبد الرزاق في الطلاق، باب: اللقيط (١٣٨٤١) عن تميم أنَّه وَجَد لقيطاً فأتى به إلى عليٍّ، فألحَقَه عليٌّ على مالِهِ.

(٣) أي: له غُنمُه وعليه غُرمُه.

(٤) أي: ولأجلِ أنَّ الخراجَ بالضَّمانِ، كانت جنايةُ اللقيطِ في بيتِ المالِ.

فإنِ التَقَطَهُ رَجُلٌ لم يَكُنْ لِغَيرِهِ أنْ يَأخُذَهُ مِنْهُ، فإنِ ادَّعَى مُدَّعٍ أنَّهُ ابنُهُ فَالقَولُ قَوْلُه، وإنِ ادَّعاهُ اثنانِ وَوَصَفَ أحَدُهُما عَلامَةً في جَسَدِهِ، فَهُو أولى به. ....

دَيناً عليه لِعُمُوم الولايةِ.

قال: (فإنِ التَقَطَهُ رَجُلٌ لم يَكُنْ لِغَيرِهِ أنْ يَأخُذَهُ مِنْهُ)؛ لأنَّه ثبتَ حقُّ الحِفظِ له لِسَبْقِ يدِهِ، (فإنِ ادَّعَى مُدَّعٍ أنَّهُ ابنُهُ فَالقَولُ قَوْلُهُ)، معناه: إذا لم يَدَّعِ المُلتقِطُ نسَبَهُ، وهذا استحسانٌ. والقياسُ أن لا يُقبَلَ قولُهُ؛ لأنَّه يَتضمَّنُ إبطالَ حقِّ المُلتقِط.

وجهُ الاستحسان: أنَّه إقرارٌ لِلصَّبيِّ بما يَنفَعُه؛ لأنَّه يَتشرَّفُ بِالنَّسَبِ، ويُعيَّرُ بعَدَمِه.

ثمَّ قيل: يصحُّ في حقِّه دونَ إبطالِ يَدِ المُلتَقِطِ. وقيل: يُبتَنَى عليه بُطلانُ يدِهِ.

ولوِ ادَّعاهُ المُلتقِطُ؟ قيل: يصحُّ قياساً واستحساناً، والأصحُّ أنَّه على القياس والاستحسان[1]، وقد عُرِف في الأصل[2].

(وإنِ ادَّعاهُ اثنانِ وَوَصَفَ أحَدُهُما عَلامَةً في جَسَدِهِ، فَهُو أولى به)؛ لأنَّ الظَّاهرَ شاهدٌ له لِمُوافقَةِ العلامةِ كلامَهُ، وإنْ لم يَصِفْ أحَدُهما علامةً فهو ابنُهُما؛ لاستوائهما في السَّببِ.

ولو سبقَتْ دعوةُ أحدِهِما فهو ابنُهُ؛ لأنَّه ثبَتَ حقُّهُ في زمانٍ لا مُنازِعَ له فيه، إلَّا إذا أقام الآخَرُ البيِّنَةَ؛ لأنَّ البيِّنةَ أقوى.

---

(١) أي: على اختلاف حكمِ القياس مع حكمِ الاستحسان، يعني: في القياس لا يصحُّ، وفي الاستحسان يصحُّ كما في دعوى غيرِ المُلتقِط، لكن وجهُ القياسِ هاهنا غيرُ وجهِ القياس في دعوى غير الملتقط.
ووجه القياس في دعوى غير المُلتقِط: هو تضمُّنُ إبطالِ حقِّ المُلتقِطِ، فلذلك لم تصحَّ دعواه.
ووجه القياس في دعوى المُلتقِطِ: هو تَناقُضُ كلامِهِ، بأنَّه لمَّا زعَمَ أنَّه لقيطٌ كان نافياً نسَبَهُ؛ لأنَّ ابنه لا يكون لقيطاً في يده، ثمَّ ادَّعى أنَّه ابنُهُ فكان مُناقضاً.
وفي الاستحسان: تصحُّ دعواه؛ لأنَّ هذا إقرارٌ على نفسه من وجهٍ، حيثُ يَلزمُهُ نفقَتُهُ ويَجب عليه أن يَحفَظَه، فهو في هذا الإقرار يَكتسِب له ما ينفعه، وبالالتقاط يثبت له هذه الولايةُ. عناية.
(٢) المراد بالأصل كتاب المبسوط للإمام محمد، والله أعلم.

وإذا وُجِدَ في مِصْرٍ مِنْ أمصارِ المُسلِمِينَ، أو في قَريةٍ مِنْ قُراهُمْ، فَادَّعَى ذِمِّيٌّ أَنَّهُ ابنُهُ، ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنهُ وكان مُسلِماً. وَإنْ وُجِدَ في قَريَةٍ مِنْ قُرَى أَهلِ الذِّمَّةِ، أو في بِيعَةٍ، أو كَنِيسَةٍ كانَ ذِمِّيّاً. ومَنِ ادَّعَى أنَّ اللَّقِيطَ عَبْدُهُ لَمْ يُقبَلْ مِنْهُ، فإنِ ادَّعَى عَبْدٌ أَنَّهُ ابنُهُ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنهُ وكانَ حُرّاً. والحُرُّ في دَعْوَتِهِ اللَّقِيطَ أولى مِنَ العَبدِ، والمُسلِمُ أولى مِنَ الذِّمِّيِّ. ....

(وإذا وُجِدَ في مِصْرٍ مِنْ أمصارِ المُسلِمِينَ، أو في قَريةٍ مِنْ قُراهُمْ، فَادَّعَى ذِمِّيٌّ أَنَّهُ ابنُهُ، ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنهُ وكان مُسلِماً) وهذا استحسانٌ؛ لأنَّ دعواهُ تتضمَّنُ النَّسبَ، وهو نافعٌ للصَّغير، وإبطالَ الإسلامِ الثَّابتِ بالدَّار، وهو يَضرُّه، فصَحَّت دعوتُهُ فيما يَنفَعُه دونَ ما يَضرُّه.

(وَإنْ وُجِدَ في قَريَةٍ مِنْ قُرَى أَهلِ الذِّمَّةِ، أو في بِيعَةٍ، أو كَنِيسَةٍ كانَ ذِمِّيّاً)، وهذا الجوابُ فيما إذا كان الواجدُ ذِمِّيّاً روايةً واحدةً، وإنْ كان الواجدُ مُسلِماً في هذا المكانِ، أو ذِمِّيّاً في مكانِ المسلمينَ اختَلَفَتِ الرِّوايةُ فيه، ففي روايةِ كتابِ اللَّقيطِ اعتبَرَ المكانَ لِسَبْقِه، وفي كتاب الدَّعوى في بعض النُّسَخ اعتبَرَ الواجِدَ، وهو روايةُ ابنِ سماعةَ عن محمد؛ لِقوَّة اليدِ، ألا ترى أنَّ تبعيَّةَ الأبوين فوقَ تَبعيَّةِ الدَّارِ، حتَّى إذا سُبِي مع الصَّغيرِ أحَدُهما يُعتَبَرُ كافراً، وفي بعض نُسَخِه اعتبَر الإسلامُ نَظَراً للصَّغير.

(ومَنِ ادَّعَى أنَّ اللَّقِيطَ عَبْدُهُ لَمْ يُقبَلْ مِنْهُ)؛ لأنَّه حُرٌّ ظاهراً، إلَّا أنْ يُقيمَ البيِّنةَ أنَّه عبدُهُ.

(فإنِ ادَّعَى عَبْدٌ أَنَّهُ ابنُهُ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنهُ)؛ لأنَّه ينفعُهُ (وكانَ حُرّاً)؛ لأنَّ المملوكَ قد تَلِدُ له الحُرَّةُ، فلا تَبطُلُ الحُرِّيَّةُ الظَّاهرةُ بالشَّكِّ.

(والحُرُّ في دَعْوَتِهِ اللَّقِيطَ أولى مِنَ العَبدِ، والمُسلِمُ أولى مِنَ الذِّمِّيِّ) ترجيحاً لِما هو الأنظَرُ في حقِّه.

وإنْ وُجِدَ مَعَ اللَّقِيطِ مالٌ مَشْدُودٌ عَلَيهِ فَهُوَ لَهُ، ولَهُ وِلايَةُ الإنفاقِ وَشِراءِ ما لا بُدَّ لَهُ مِنهُ. ولا يَجُوزُ تَزوِيجُ المُلتَقِطِ، ولا تَصَرُّفُهُ في مالِ اللَّقيطِ، ويَجُوزُ أنْ يَقبِضَ له الهِبَةَ ويُسَلِّمُهُ في صناعةٍ ويُؤاجِرُهُ.

(وإنْ وُجِدَ مَعَ اللَّقِيطِ مالٌ مَشْدُودٌ عَلَيهِ فَهُوَ لَهُ) اعتباراً لِلظَّاهر. وكذا إذا كان مَشدوداً على دابَّةٍ وهو عليها لِما ذكرنا، ثمَّ يَصرِفُهُ الواجِدُ إليه بِأمرِ القاضي؛ لأنَّه مالٌ ضائعٌ، وللقاضي وِلايةُ صَرفِ مِثلِهِ إليه. وقيل: يَصرِفُه بِغَير أمرِ القاضي؛ لأنَّه لِلَّقيط ظاهراً.

(ولَهُ وِلايَةُ الإنفاقِ وَشِراءِ ما لا بُدَّ لَهُ مِنهُ) كالطَّعام والكِسوةِ؛ لأنَّه من الإنفاق.

(ولا يَجُوزُ تَزوِيجُ المُلتَقِطِ)؛ لانعدامِ سَبَبِ الولايةِ من القَرابةِ والمِلكِ والسَّلطنةِ.

قال: (ولا تَصَرُّفُهُ في مالِ المُلتَقَطِ) اعتباراً بالأمِّ، وهذا لأنَّ ولايةَ التَّصرُّفِ لِتَثميرِ المالِ، وذلك يتحقَّقُ بالرَّأي الكاملِ والشَّفقةِ الوافرةِ، والمَوجودُ في كلِّ واحدٍ منهما أحَدُهما.

قال: (ويَجُوزُ أنْ يَقبِضَ له الهِبَةَ)؛ لأنَّه نفعٌ مَحضٌ، ولهذا يَملِكُه الصَّغيرُ بنفسه إذا كان عاقلاً، وتَملِكُه الأمُّ ووصيُّها.

قال: (ويُسَلِّمُهُ في صناعةٍ)؛ لأنَّه من باب تَثقيفِهِ وحِفظِ حالِهِ.

قال: (ويُؤاجِرُهُ)، قال العبدُ الضَّعيف: وهذا روايةُ القدوري في مُختَصَرِه، وفي الجامع الصَّغير: لا يجوزُ أن يُؤاجِرَهُ، ذكَرَه في الكراهيةِ، وهو الأصحُّ.

وجهُ الأوَّل: أنَّه يَرجِعُ إلى تَثقيفِهِ.

ووجهُ الثَّاني: أنَّه لا يَملِكُ إتلافَ مَنافِعِهِ، فأشبَهَ العَمَّ. بخلافِ الأمِّ؛ لأنَّها تَملِكُه على ما نذكره في الكراهية إن شاء الله تعالى.



كتاب اللقطة



كِتَابُ اللُّقَطَةِ

اللُّقَطَةُ أمانَةٌ إذا أَشْهَدَ المُلتَقِطُ أَنَّهُ يَأخُذُها لِيَحْفَظَها وَيَرُدَّها على صاحِبِها، ....

(كتاب اللُّقطة[1])

قال: (اللُّقَطَةُ أمانَةٌ إذا أَشْهَدَ المُلتَقِطُ أَنَّهُ يَأخُذُها لِيَحفَظَها وَيَرُدَّها على صاحِبِها)؛ لأنَّ الأخذَ على هذا الوجهِ مأذونٌ فيه شرعاً، بل هو الأفضلُ عندَ عامَّةِ العلماءِ، وهو الواجِبُ إذا خافَ الضَّياعَ على ما قالوا، وإذا كان كذلك لا تكونُ مضمونةً عليه. وكذلك[2] إذا تصادَقاً أنه أخَذَها للمالكِ؛ لأنَّ تَصادُقَهما حجَّةٌ في حقِّهما، فصار كالبيِّنةِ.

ولو أقَرَّ أنَّه أخَذَها لِنَفسِهِ يَضمَنُ بالإجماع؛ لأنَّه أخَذَ مالَ غيرِهِ بغيرِ إذنِهِ وبغيرِ إذنِ الشَّرعِ.

وإنْ لم يُشهِدِ الشُّهودَ عليه وقال الآخِذُ: «أخذتُهُ للمالِكِ» وكذَّبَه المالكُ، يضمَنُ عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا يضمَنُ، والقولُ قولُهُ؛ لأنَّ الظَّاهر شاهدٌ له؛ لاختياره الحِسبَةَ دونَ المعصيةِ.

ولهما: أنَّه أقرَّ بسببِ الضَّمانِ، وهو أخذُ مالِ الغَيرِ، وادَّعى ما يُبرِّئه وهو الأخذُ لِمالِكِه، وفيه وَقَعَ الشَّكُّ فلا يبرأ، وما ذَكَرَ مِنَ الظَّاهرِ يُعارِضُه مِثلُه؛ لأنَّ الظَّاهر أن يكون المُتصرِّفُ عاملاً لِنَفسِهِ.

---

(١) «اللقطة» بالفتح وتسكن: اسمُ وُضِع للمال المُلتَقَط. عيني
وشرعاً: مالٌ يُوجَد ضائعاً. ابن كمال، وفي التتارخانية عن المضمرات: مالٌ يوجد ولا يُعرَف مالِكُه، وليس بمباح كمال الحربي. رد المحتار.

(٢) أي: لا تكون اللُّقطة مضمونة إذا تصادق المالك والملتقط.

فإنْ كانَتْ أقَلَّ مِنْ عَشَرَةِ دراهِمَ عَرَّفَها أيَّاماً، وإنْ كانَتْ عَشَرَةً فَصاعِداً عَرَّفَها حَوْلاً،

ويكفيه في الإشهاد أن يقول: «مَن سَمِعتُمُوه يُنشِدُ لُقَطَةً فَدلُّوه عليَّ»، واحدةً كانت اللُّقطةُ أو أكثرَ؛ لأنَّه اسمُ جنسٍ.

قال: (فإنْ كانَتْ أقَلَّ مِنْ عَشَرَةِ دراهِمَ عَرَّفَها أيَّاماً، وإنْ كانَتْ عَشَرَةً فَصاعِداً عَرَّفَها حَوْلاً) قال العبدُ الضَّعيفُ: وهذه روايةٌ عن أبي حنيفة[1]. وقوله: «أياما» معناه: على حَسَب ما يرى.

وقدَّره محمدٌ في الأصل بالحَوْل من غيرِ تفصيلٍ بين القليلِ والكثيرِ، وهو قولُ مالكٍ[2] والشَّافعيِّ[3]؛ ....

(١) يُشيرُ إلى أنَّها ليست ظاهرَ الرِّواية، فإنَّ الطَّحاويَّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ قال: وإذا التَقَطَ لُقَطة فإنَّه يُعرِّفُها سنةً، سواءٌ كان الشَّيءُ نفيساً أو خَسيساً في ظاهر الرِّواية.

(٢) قال الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير (٤/ ١٢٠) إحياء الكتب العربية: الرَّاجحُ أنَّ المالَ المُلتَقَط، إمَّا تافهٌ وهو ما دونَ الدِّرهم، وإمَّا كثيرٌ له بالٌ وهو ما فوقَ الدِّينار، وإمَّا فوقَ التَّافهِ ودونَ الكثيرِ الذي له بال، وهو الدِّينارُ فأقلَّ إلى الدِّرهم، فالأوَّلُ لا يُعرَّفُ أصلاً، والثَّاني يُعرَّفُ سنةً، والثَّالثُ يُعرَّفُ أيَّاماً حتَّى يغلبَ على الظَّنِّ أنَّ صاحبَهُ تَرَكَه، وللمُلتَقِطِ التَّصرُّفُ فيه بعد تلك الأيَّامِ على هذا القولِ، لا بعد سنة. اهـ.

(٣) قال النووي في الروضة (٤/ ٤٧٤) الكتب العلمية: إنَّما يجب تعريف اللُّقطةِ إذا جمعت وصفين:
أحدهما: كونُ الملتقَطِ كثيراً، فإن كان قليلاً، نَظَر:
- إن انتهت قلتُهُ إلى حدٍّ يسقُطُ تموُّلُه، كحبَّةِ الحنطةِ والزَّبيبة، فلا تعريفَ، ولواجدِهِ الاستبدادُ به.
- وإن كان متموَّلاً مع قلَّته وجب تعريفُهُ، وفي قَدرِ تعريفِهِ وجهان: أصحُّهما عند العراقيين: سنة كالكثير، وأشبَهُهُما باختيارِ معظَمِ الأصحابِ: لا يجبُ سنةٌ. وهذا على أوجه: أحدها: يكفي مرة، والثاني: ثلاثة أيام، وأصحُّها: مدَّةٌ يظنُّ في مثلها طلَبُ فاقدِهِ له، فإذا غلب على الظَّنِّ إعراضُه سقط، ويختلف ذلك باختلاف المال، قال الروياني: فدانقُ الفضَّة يُعرَّف في الحال، ودانقُ الذَّهب يعرَّف يوما، أو يومين، أو ثلاثة.
وأمَّا الفرقُ بين القليل والمُتموَّل والكثير، ففيه أوجه:
- أصحُّها: لا يَتقدَّرُ، بل ما غلب على الظَّنِّ أنَّ فاقده لا يَكثُر أسفُهُ عليه ولا يَطُول طلبُهُ له غالباً فقليل، قاله الشيخ أبو محمد وغيره، وصحَّحه الغزالي والمتولي. =

لقوله ﷺ: «مَنِ التَقَطَ شيئاً فَليُعَرِّفْه سنةً»[1] مِنْ غيرِ فَصلٍ.

وجه الأوَّل: أنَّ التَّقدير بالحَولِ وَرَدَ في لُقَطةٍ كانت مائةَ دينارٍ تساوي ألفَ درهمٍ، والعَشَرَةُ وما فوقَها في معنى الألفِ في تَعلُّقِ القَطْعِ به في السَّرقةِ، وتَعلُّقِ استحلالِ الفَرْجِ به، وليست في معناها في حقِّ تَعلُّقِ الزَّكاة، فأوجبنا التَّعريفَ بالحَوْلِ احتياطاً، وما دونَ العشرةِ ليس في معنى الألفِ بوجهٍ ما، فَفوَّضنا إلى رأي المُبتلَى به.

وقيل: الصَّحيحُ أنَّ شيئاً من هذه المقادير ليس بلازم، ويُفوَّضُ إلى رأي المُلتَقِط، يُعرِّفُها إلى أن يَغلِبَ على ظنِّه أنَّ صاحِبَها لاَ يَطلُبُها بعدَ ذلك، ثمَّ يَتصدَّقُ بها.

وإنْ كانتِ اللُّقطةُ شيئاً لا يبقى عرَّفَه، حتَّى إذا خاف أن يَفسُدَ تَصدَّق به.

وينبغي أن يُعرِّفها في الموضعِ الذي أصابها. وفي الجامع: فإنَّ ذلك أقربُ إلى الوصولِ إلى صاحِبِها.

وإن كانت اللُّقَطَةُ شيئاً يَعلَمُ أنَّ صاحِبَها لا يَطلُبُها كالنَّواةِ وقُشُورِ الرُّمَّانِ، يكونُ إلقاؤه إباحةً، حتَّى جازَ الانتفاعُ به من غير تعريفٍ، ولكنَّه مُبْقَىً على مِلكِ مالِكِهِ؛ لأنَّ التَّمليكَ من المجهولِ لا يصحُّ.

= الوصف الثاني: أن يكون شيئاً لا يَفسُد ... إلخ اهـ مختصرا.

(1) قال الزيلعي (٣/٤٦٦): أخرج البزار في مسنده، والدَّارقطني في سننه عن أبي هريرة أنَّ رسولَ الله ﷺ سُئِل عن اللُّقَطةِ، فقال: «لا تَحِلُّ اللُّقطةُ، فَمَنِ التَقَطَ شيئاً فَليُعرِّفْ سنةً، فإن جاءَ صاحِبُهُ فَليَرُدَّه إليه، وإن لم يأتِ فليَتَصدَّقْ به، فإن جاء فَيُخيِّرُه بين الأجرِ وبينَ الذي له».

وأخرج البخاري في اللقطة، باب: إذا لم يجد صاحب اللقطة بعد سنة فهي لمن وجدها (٢٢٩٧)، ومسلم في الأقضية، باب: القضاء في اللقطة (١٤٤٤) عن زيد بنِ خالد رضي الله عنه قال: جاءَ رجلٌ إلى رسولِ الله ﷺ فسأله عن اللُّقَطةِ فقال: «اِعرِفْ عِفاصَها ووِكاءَها، ثمَّ عَرِّفها سنةً، فإن جاء صاحِبُها وإلَّا فشأنَكَ بها»، قال فَضالَّةُ الغَنَمِ؟ قال: «هي لكَ أو لأخيكَ أو لِلذِّئب»، قال: فضالَّةُ الإبلِ؟ قال: «ما لَكَ ولها، معها سِقاؤُها وحِذاؤُها، تَرِدُ الماءَ، وتأكلُ الشَّجرَ حتَّى يَلقاها ربُّها».

فإنْ جاءَ صاحِبُها، وإلَّا تَصدَّقَ بها، فَإنْ جاءَ صاحِبُها فَهُوَ بِالخيارِ: إنْ شاءَ أَمْضَى الصَّدَقَةَ، وإنْ شاءَ ضَمَّنَ المُلتَقِطَ. ويَجُوزُ الالتِقاطُ في الشَّاةِ والبَقَرِ والبَعيرِ، ....

قال: (فإنْ جاءَ صاحِبُها وإلَّا تَصدَّقَ بها) إيصالاً للحقِّ إلى المُستَحِقِّ، وهو واجبٌ بِقَدرِ الإمكانِ، وذلك بإيصالِ عَينِها عندَ الظَّفَر بصاحِبِها، وإيصالِ العِوَضِ - وهو الثَّوابُ - على اعتبارِ إجازةِ التَّصدُّقِ بها، وإن شاءَ أمسَكَها رجاءَ الظَّفَر بصاحبها.

قال: (فَإنْ جاءَ صاحِبُها) يعني: بعدما تَصدَّق بها (فَهُوَ بِالخيارِ):

- (إنْ شاءَ أَمْضَى الصَّدَقَةَ) وله ثَوابُها؛ لأنَّ التَّصدُّقَ وإن حَصَل بإذنِ الشَّرعِ لم يَحصُلْ بإذنِهِ، فيتوقَّفُ على إجازتِهِ، والمِلكُ يَثبُتُ للفقيرِ قبلَ الإجازةِ، فلا يتوقَّفُ على قيام المَحلِّ، بخلاف بيع الفُضوليِّ لِثُبوته بعدَ الإجازة فيه[1].

- (وإنْ شاءَ ضَمَّنَ المُلتَقِطَ)؛ لأنَّه سَلَّم مالَهُ إلى غيرِهِ بغير إذنِهِ، إلَّا أنَّه بإباحةٍ من جهة الشَّرع، وهذا لا يُنافي الضَّمانَ حقّاً للعبد، كما في تَناوُلِ مالِ الغيرِ حالةَ المَخمَصةِ.

- وإنْ شاءَ ضَمَّنَ المِسكينَ إذا هَلَكَ في يَدِهِ؛ لأنَّه قَبَضَ مالَهُ بغيرِ إذنِهِ، وإنْ كان قائماً أَخَذَهُ؛ لأنَّه وَجَدَ عينَ مالِهِ.

قال: (ويَجُوزُ الالتِقاطُ في الشَّاةِ والبَقَرِ والبَعيرِ)، وقال مالكٌ[2] ....

---

(١) فإنَّ المِلك فيه للمشتري إنَّما يَثبُت بعدَ إجازةِ المالكِ بَيْعَه، فلا بدَّ من قيامِ المَحلِّ لئلا يلزمَ تمليكُ العينِ المَعدومةِ. وكذا يشترط في بيع الفضولي قيامُ البائعِ والمشتري والمالكِ أيضاً.

(٢) قال الدردير في شرحه الكبير المطبوع على هامش حا الدسوقي (٤/ ١٢٢): (و) له أكلُ (شاةٍ) وَجَدَها (بِفَيفاءَ) ولم يَتيسَّرْ حَملُها للعمرانِ، ولا ضمانَ، فإن حمَلَها للعمرانِ ولو مذبوحةً، فربُّها أحقُّ بها إن عُلِم، وعليه أُجرةُ حَملِها، ووجب تعريفُها إنْ حَمَلَها حيَّةً كما لو وجدها بقربِ العمران، أو اختَلَطَت بغَنَمِهِ في المَرعى، (كَبَقَرٍ بِمَحلِّ خوفٍ) من سباعٍ أو جوعٍ أو عطشٍ أو من النَّاس بفيفاء، وعَسُرَ سَوقُها للعمران فله أكلُها ولا ضمانَ عليه، (وإلَّا) بأن كانت بمحلٍّ أمنٍ بالفيفاء (تُرِكَت)، فإن أخَذَها عُرِّفت، كما لو كانت بالعمران، فإن أكلها ضَمِنَ (كإبلٍ) فإنَّها تُترَكُ ولو بِمَحلِّ خوفٍ إلَّا خوفَ خائنٍ، =

فإنْ أنفقَ المُلتَقِطُ عَلَيْها بِغَيرِ إِذْنِ الحاكِمِ فَهُو مُتَبَرِّعٌ، وإذا رَفَعَ ذلكَ إلى الحاكِمِ نَظَرَ فيهِ: فإنْ كان لِلبَهيمَةِ مَنفعَةٌ آجَرَها، وأنفَقَ عليها مِنْ أُجرَتِها، ....

والشَّافعيُّ[1]: إذا وَجَدَ البعيرَ والبقرَ في الصَّحراءِ فالتَّركُ أفضلُ. وعلى هذا الخلاف الفَرسُ.

لهما: أنَّ الأصلَ في أَخذِ مالِ الغيرِ الحُرمةُ، والإباحةُ مَخافةَ الضَّياعِ، وإذا كان معها ما تَدفَعُ عن نَفسِها يَقِلُّ الضَّياعُ ولكنَّه يُتوَهَّمُ، فَيُقضى بالكراهةِ والنَّدبِ إلى التَّرك.

ولنا: أنَّها لُقَطةٌ يُتوهَّمُ ضَياعُها، فَيُستحبُّ أَخذُها وتَعرِيفُها صِيانةً لأموالِ النَّاس، كما في الشَّاة.

(فإنْ أنفقَ المُلتَقِطُ عَلَيْها بِغَيرِ إِذْنِ الحاكِمِ فَهُو مُتَبَرِّعٌ)؛ لِقُصور وِلايتِهِ عن ذِمَّةِ المالِك، وإنْ أنفَقَ بِأمرِهِ كان ذلك ديناً على صاحِبِها؛ لأنَّ لِلقاضي وِلايةً في مالِ الغائبِ نَظَراً له، وقد يكون النَّظرُ في الإنفاق على ما نُبيِّن.

(وإذا رَفَعَ ذلكَ إلى الحاكِمِ نَظَرَ فيهِ):

- (فإنْ كان لِلبَهيمَةِ مَنفعَةٌ آجَرَها وأنفَقَ عليها مِنْ أُجرَتِها)؛ لأنَّ فيه إبقاءَ العينِ على مِلكِه من غيرِ إلزامِ الدَّينِ عليه، وكذلك يَفعَلُ بالعبدِ الآبِقِ.

= (وإن أُخِذتِ) الإبلُ تعدِّياً (عُرِّفَت) سنةً، (ثمَّ) بعد السَّنةِ (تُركَتْ بِمَحلِّها) الذي أخذت منه. اهـ.

(١) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج: (الحيوانُ المملوكُ) بأثرٍ يدلُّ على المِلكِ، كوَسْمٍ وتعليقِ قُرطٍ (المُمتنعُ من صغارِ السِّباعِ) كالنَّمِرِ والفهدِ والذِّئب، ثمَّ فصَّلَ امتناعَ الحيوانِ بقوله: (بقوَّةٍ) يمتنع بها (كبعيرٍ) كبيرٍ، (وفرسٍ) وبغلٍ وحمارٍ، (أو) يَمتنعُ (بِعَدوٍ) أي: جري (كأرنبٍ وظَبْيٍ أو) يمتنعُ بسببِ (طيرانٍ كحمامٍ، إن وُجِدَ) هذا الحيوان (بِمَفازةٍ فَللقاضي) أو مَنصوبِهِ (التقاطُهُ للحفظِ) على مالكه لا للتَّملُّك؛ لأنَّ له ولايةً على أموال الغائبين، وكان لعمر رضي الله عنه حظيرةٌ يحفظ فيها الضَّوالَّ، (وكذا لغيرِهِ) أي: القاضي من الآحادِ التقاطُهُ للحفظ أيضاً، (في الأصحِّ) المنصوص في الأمِّ لئلا يأخذه خائنٌ، والثاني: لا؛ إذ لا ولايةَ للآحادِ على مال الغير. اهـ.

وإنْ لَمْ تَكُنْ لها مَنفَعَةٌ وخافَ أنْ تَسْتَغرِقَ النَّفقَةُ قِيمَتَها باعَها وأَمَرَ بِحِفْظِ ثَمَنِها، وإنْ كانَ الأَصلَحُ الإنفاقَ عليها، أَذِنَ في ذلكَ وجَعَلَ النَّفَقَةَ دَيناً على مالِكِها، ....

- (وإنْ لَمْ تَكُنْ لها مَنفَعَةٌ وخافَ أنْ تَسْتَغرِقَ النَّفقَةُ قِيمَتَها باعَها وأَمَرَ بِحِفْظِ ثَمَنِها) إبقاءً له معنىً عند تَعذُّر إبقائِهِ صُورةً.

- (وإنْ كانَ الأَصلَحُ الإنفاقَ عليها، أَذِنَ في ذلكَ وجَعَلَ النَّفَقَةَ دَيناً على مالِكِها)؛ لأنَّه[1] نُصِّبَ ناظراً، وفي هذا نَظَرٌ من الجانبين، قالوا: إنَّما يأمرُ بالإنفاق يومين أو ثلاثةَ أيَّام، على قَدْر ما يرى رجاءَ أن يَظهَرَ مالِكُها، فإذا لم يظهر يأمرُ بِبَيعِها؛ لأنَّ دارَّةَ النَّفقةِ مُستأصِلَةٌ، فلا نَظَرَ في الإنفاق مدَّةً مَديدةً.

قال ﷺ: وفي الأصل شَرَط إقامةَ البيِّنةِ[2]- وهو الصَّحيح - لأنَّه يَحتمِلُ أن يكونَ غَصْباً في يده، فلا يُأمَر فيه بالإنفاق، وإنَّما يُأمَر به في الوديعةِ، فلا بدَّ من البيِّنةِ لِكَشفِ الحالِ، وليست البيِّنةُ تُقام للقضاء[3].

وإن قال: «لا بيِّنةَ لي»، يقول القاضي له: «أنفِقْ عليه إن كنتَ صادقاً فيما قلتَ»، حتَّى يَرجِعَ على المالك إن كان صادقاً، ولا يَرجعُ إن كان غاصباً.

وقولُهُ في الكتاب: «وجَعَل النَّفقةَ ديناً على صاحِبِها» إشارةٌ إلى أنَّه إنَّما يَرجِعُ على المالك بعد ما حَضَر ولم تُبَعِ اللُّقَطة، إذا شَرَطَ القاضي الرُّجوعَ على المالك، وهذه روايةٌ[4]، وهو الأصحُّ.

---

(١) أي: القاضي.

(٢) يعني: أنَّ الملتقط يقيمُ البيِّنةَ على أنَّ هذه الدَّابَّةَ لُقَطة عنده.

(٣) جواب عن سؤال تقديره: البيِّنةُ إنَّما تُقام على المدَّعى عليه المُنكِر، وليس بموجودٍ هنا. فأجاب بأنَّ هذه البيِّنةَ تُقام لاستكشاف الحال بأنَّها لُقَطة، لا للقضاء على المدَّعى عليه.

(٤) وعلى هذه الرِّواية: إذا أمرَه القاضي بالإنفاق على اللُّقطة ولم يَشترِط الرُّجوعَ على المالك لم يَرجِع عليه.

وإذا حَضَرَ فَلِلْمُلتِقْطِ أنْ يَمْنَعَها منهُ حتَّى يُحضِرَ النَّفقَةَ. ولُقَطَةُ الحِلِّ والحَرَمِ سَواءٌ.

قال: (وإذا حَضَرَ) يعني: المالِكُ (فَلِلْمُلتِقِطِ أنْ يَمْنَعَها منهُ حتَّى يُحضِرَ النَّفقَةَ)؛ لأنَّه حَيِيَ بنفقتِهِ فصار كأنَّه استفادَ المِلكَ من جهتِهِ فأشبَهَ المَبيعَ؛ وأقرَبُ من ذلك رادُّ الآبقِ، فإنَّ له الحبسَ لاستيفاءِ الجُعْلِ لِما ذكرنا.

ثمَّ لا يَسقُطُ دَينُ النَّفقةِ بِهلاكِهِ في يدِ المُلتقِطِ قبلَ الحبسِ، ويَسقُطُ إذا هلكَ بعد الحبسِ؛ لأنَّه يصيرُ بالحبسِ شَبيهَ الرَّهنِ.

مطلب: لقطة الحرم

قال: (ولُقَطَةُ الحِلِّ والحَرَمِ سَواءٌ)، وقال الشَّافعيُّ[1]: يَجب التَّعريفُ في لُقَطة الحَرَم إلى أن يَجيء صاحِبُها؛ لقوله ﷺ في الحرم: «ولا يَحِلُّ لُقَطَتُها إلَّا لِمُنشِدٍ[2]».

ولنا: قولُه ﷺ: «اِعرِفْ عِفَاصَها ووِكاءَها[3] ثمَّ عرِّفْها سَنَة[4]» من غير فَصْلٍ، ولأنَّها لُقَطةٌ، وفي التَّصدُّقِ بعد مدَّةِ التَّعريفِ إبقاءُ مِلْكِ المالكِ من وجهٍ، فَيملِكُه كما في سائرها.

---

(١) قال شيخ الإسلام زكريا في فتح الوهاب (١/ ٤٥٤) الكتب العلمية: (ولا يَحِلُّ لُقَطةُ حرمِ مكَّةَ إلَّا لِحفظٍ)، فلا يَحلُّ إن لَقَطَ لِتملُّكٍ أو أطلَقَ، (ويجبُ تعريفٌ) لِما لقَطَه فيه للحفظ، وتلزم اللاقطَ الإقامةُ للتَّعريف أو دفعُها إلى الحاكم. اهـ مختصراً.

(٢) أخرج البخاري في أبواب الإحصار، باب: لا يُنفَّر صيد الحرم (١٧٣٦)، ومسلم في الحج، باب: تحريم مكة وصيدها وخلاها وشجرها ولقطتها (١٣٥٥) عن ابن عباس رضي الله عنهما: أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «إنَّ الله حرَّم مكَّةَ فَلَمْ تَحِلَّ لأحدٍ قبلي ولا تَحِلُّ لأحدٍ بعدي، وإنَّما أحِلَّتْ لي ساعة من نهار، لا يُختَلَى خَلاها، ولا يُعضَدُ شَجرُها، ولا يُنفَّرُ صيدُها، ولا تُلتَقَطُ لُقَطَتُها إلَّا لِمُعرِّف»، وقال العبَّاسُ يا رسول الله، إلَّا الإذخر لِصاغَتِنا وقُبُورِنا؟ فقال: «إلَّا الإذخِرَ».

(٣) العِفاص: الوعاء الذي يكون فيه النَّفقة، من جلدٍ أو خرقةٍ أو غيرِ ذلك. والوكاء: الرِّباط الذي يُشدُّ به.

(٤) تقدَّم قبل قليل، انظر ص (٦٤٩) ت (٢).

وإذا حَضَرَ رَجُلٌ فَادَّعَى اللُّقَطَةُ لَمْ تُدْفَعْ إليه حَتَّى يُقِيمَ البَيِّنَةَ، فإنْ أَعطَى عَلامَتَها حَلَّ لِلمُلتَقِطِ أنْ يَدْفَعَها إليه، ولا يُجبَرُ على ذلكَ في القَضاءِ. ....

وتأويلُ ما رُوِي أنّه لا يَحِلُّ الالتقاطُ إلا للتَّعريف، والتَّخصيصُ بالحَرَم لبيانِ أنّه لا يَسقُطُ التَّعريفُ فيه لمكانِ أنَّه للغُرباء ظاهراً[1].

(وإذا حَضَرَ رَجُلٌ فَادَّعَى اللُّقَطَةُ لَمْ تُدْفَعْ إليه حَتَّى يُقِيمَ البَيِّنَةَ، فإنْ أَعطَى عَلامَتَها حَلَّ لِلمُلتَقِطِ أنْ يَدْفَعَها إليه، ولا يُجبَرُ على ذلكَ في القَضاءِ).

وقال مالك[2] والشَّافعيُّ[3] رَحِمَهُمَااللَّهُ: يُجبَر.

والعلامةُ مِثلُ أنْ يُسمِّيَ وزنَ الدَّراهِم وعَدَدَها وَوِكاءَها وَوِعاءَها.

لهما: أنَّ صاحبَ اليدِ يُنازِعُه في اليدِ ولا يُنازِعُه في المِلْكِ، فَيُشتَرَطُ الوصفُ لِوُجودِ المُنازعَةِ من وجهٍ، ولا تُشتَرَطُ إقامةُ البيِّنةِ لِعَدَمِ المُنازعةِ من وجهٍ.

---

(١) بيانه: تخصيصُ مكّة حينئذٍ لِدَفْعِ وَهْمِ سُقوطِ التَّعريف بها بسبب أنَّ الظَّاهر أنَّ ما وُجِد بها من لُقَطةٍ أنّه لِلغُرباء، وقد تَفرَّقوا، فلا يُفيدُ التَّعريفُ، فَيَسقُط كما يَسقُطُ فيما يَظهَر إباحتُهُ، فبيَّن ﷺ أنّها كغيرها من البلاد في وجوبِ التَّعريفِ.

(٢) مذهب مالك بأنّها تردُّ لصاحبها إن عرف علامتها، قال الدردير في شرحه الكبير (٤/ ١١٨): (وَرُدَّ) المالُ المُلتَقَطُ (بِمَعرفةِ مَشدودٍ فيه)، وهو العِفاصُ - أي: الخرقة - أو الكيسُ ونحوه المَربوطُ فيه المال، (و) المشدود (به) وهو الوِكاء - بالمدَّ، أي: الخيط - (و) بمعرفةِ (عددِهِ بلا يَمينٍ) أي: يُقضَى لمن عرف ذلك بأخذِهِ من غير يمينٍ، وكذا بمعرفة الأوَّلين فقط. اهـ.

(٣) قال النووي في الروضة (٤/ ٤٧٧) الكتب العلمية: إذا جاء مَن يدَّعيها، فإن لم يُقِم بيِّنةً أنّها له، ولم يَصِفها، لم تُدفَع إليه، إلَّا أن يعلَمَ المُلتقِطُ أنّها له، فيلزَمُ الدَّفع إليه. وإن أقام بيِّنةً دُفِعت إليه. وإن وَصَفَها، نظر: إن لم يظنَّ الملتقطُ صِدقَه، لم يدفع إليه على المذهب المعروف، وإن ظنَّ صِدقَه، جاز الدَّفع إليه، ولا يجب على المذهب، وبه قطع الجمهور. ونقل الإمامُ في وجوبه وجهين، فعلى المذهب، لو قال الواصف: يلزمُكَ تسليمُها إليَّ، فله أن يَحلِفَ أنَّه لا يلزمه. ولو قال: تعلم أنّها ملكي، فله أن يحلف أنَّه لا يعلم. ولو أقام الواصف شاهداً، فالمذهبُ أنَّه لا يجبُ الدَّفع، واختار الغزاليُّ وجوبَه. اهـ.

ولا يَتصدَّقُ باللُّقَطَة على غنيٍّ، ....

ولنا: أنَّ اليدَ حقٌّ مقصودٌ كالمِلْك، فلا يُستَحَقُّ إلَّا بِحُجَّة، وهو البيِّنةُ اعتباراً بالمِلْك، إلَّا أنَّه يَحِلُّ له الدَّفعُ عندَ إصابةِ العلامةِ؛ لقوله ﷺ: «فإنْ جاءَ صاحِبُها وعَرَفَ عِفَاصَها وعَدَدَها فَادْفَعْها إليه[1]»، وهذا للإباحة عملاً بالمشهور، وهو قوله ﷺ: «البيِّنةُ على المُدَّعي[2]» الحديث، ويأخُذُ منه كفيلاً إذا كان يَدفَعُها إليه استيثاقاً، وهذا بلا خلافٍ، لأنَّه يأخُذُ الكفيلَ لنفسِهِ، بخلافِ التَّكفيلِ لِوارثٍ غائبٍ عنده[3].

وإذا صدَّقه، قيل: لا يُجبَرُ على الدَّفع كالوكيل بِقَبض الوديعة إذا صَدَّقه. وقيل: يُجبَر؛ لأنَّ المالكَ هاهنا غيرُ ظاهر[4]، والمُودِع مالكٌ ظاهرٌ.

(ولا يَتصدَّقُ باللُّقَطة على غنيٍّ)؛ لأنَّ المأمورَ به هو التَّصدُّقُ؛ لقوله ﷺ: «فإنْ لم يأتِ» يعني: صاحبُها «فَليتَصدَّقْ به[5]»، والصَّدقةُ لا تكون على غنيٍّ، فأشبَهَ الصَّدقةَ المفروضة.

---

(١) أخرجه مسلم في اللقطة برقم (١٧٢٢)، وأبو داود في اللقطة، باب: التعريف باللقطة (١٧٠٨)، والنسائي في الكبرى، كتاب اللقطة، باب: الأمر بتعريف اللقطة وذكر اختلاف الناقلين للخبر في ذلك (٥٨١٢) عن زيد بن خالد: أنَّ رجلاً سأل النَّبيَّ ﷺ عن ضالَّةِ الإبلِ وسألَهُ عن اللُّقطةِ قال: «اِعرِفْ عِفاصَها ووِكاءَها وعَدَدَها، ثمَّ عَرِّفها عاماً، فإن جاء صاحِبُها فعَرَفَ عِفاصَها وعَدَدَها ووِكاءَها فأعطِهِ إيَّاها»، واللفظ للنسائي.

(٢) أخرج البيهقي في الكبرى، كتاب الدعوى، باب: البينة على المدعي (٢١٧٣٣) عن ابن عباس أنَّ رسول الله ﷺ قال: «لو يُعطى الناسُ بدعواهم لادَّعى رجالٌ أموالَ قوم ودماءهم، ولكن البيِّنةُ على المدَّعي واليمينُ على مَن أنكر». انظر نصب الراية (٤/ ٩٥).

(٣) أي: عند أبي حنيفة رحمه الله فيما إذا قُسِمَتِ التَّركةُ بينَ الغُرَماءِ أو الورثةِ، لا يُؤخَذُ من الغريمِ ولا من الوارثِ كفيلٌ عنده، وعندهما يُؤخَذ. فتح.

(٤) أي: المالكُ الآخِذُ لهذه اللُّقطةِ التي صَدَّقَ المُلتقِطُ مُدَّعيها غيرُ ظاهر، والمُودِعُ في مسألةِ الوديعة مالكٌ ظاهرٌ. فتح.

(٥) تقدَّم انظر ص (٦٤٩) ت (٢).

وإنْ كانَ المُلتَقِطُ غَنِيّاً لم يَجُزْ لَهُ أنْ يَنْتَفِعَ بها. وإنْ كان المُلتَقِطُ فَقِيراً فَلا بَأسَ بِأنْ يَنْتَفِعَ بها، ....

(وإنْ كانَ المُلتَقِطُ غَنِيّاً لم يَجُزْ لَهُ أنْ يَنْتَفِعَ بها).

وقال الشَّافعيُّ: يجوزُ[1]؛ لقوله ﷺ في حديث أُبيٍّ رضي الله عنه: «فإنْ جاءَ صاحِبُها فادْفَعْها إليه، وإلَّا فانتَفِعْ بها[2]»، وكان من المَياسير[3]، ولأنَّه إنَّما يُباحُ للفقيرِ حملاً له على رَفْعِها صيانةً لها، والغنيُّ يُشارِكه فيه.

ولنا: أنَّه مالُ الغيرِ فلا يُباحُ الانتفاعُ بهِ إلَّا بِرِضاه؛ لإطلاقِ النُّصوصِ، والإباحةُ للفقيرِ لِما رويناه، أو بالإجماع، فيبقى ما وراءَه على الأصلِ، والغنيُّ محمولٌ على الأخذِ لاحتمالِ افتقارِهِ في مدَّةِ التَّعريفِ، والفقيرُ قد يَتَوانى لاحتمالِ استغنائِهِ فيها، وانتفاعُ أُبيٍّ رضي الله عنه كان بإذنِ الإمامِ، وهو جائزٌ بإذنه.

(وإنْ كان المُلتَقِطُ فَقِيراً فَلا بَأسَ بِأنْ يَنْتَفِعَ بها)؛ لِما فيه من تَحقيقِ النَّظرِ من الجانبين، ولهذا جاز الدَّفعُ إلى فقيرٍ غَيرِهِ.

---

(١) قال النووي في الروضة (٤/٤٧٦): يجوزُ تملُّكُ اللُّقطةِ بعد التَّعريف، سواءٌ كان الملتقطُ غنيّاً أو فقيراً. ومتى تُملك؟ فيه أوجهٌ، أصحُّها: لا تُملك إلَّا بلفظِ، كقوله: «تملَّكتُ» ونحوه، والثاني: لا تُملَك ما لم يَتصرَّف، والثالث: يكفيه تجديدُ قصدِ التَّملُّك بعد التعريف، ولا يشترط لفظ، والرابع: تُملَك بمجرَّد مُضيِّ السَّنة. اهـ.

(٢) أخرج البخاري في اللقطة، باب: وإذا أخبره رب اللقطة بالعلامة دفع إليه (٢٢٩٤)، ومسلم في أوائل كتاب اللقطة رقم (١٧٢٣) عن سُويد بنِ غَفَلَة قال: لقيتُ أُبيَّ بنَ كعبٍ رضي الله عنه فقال: أخذتُ صُرَّةً مائةَ دينارٍ، فأتيتُ النَّبيَّ ﷺ فقال: «عرِّفْها حولاً»، فعَرَّفتُها حولاً فلم أجِدْ مَن يَعرِفُها، ثمَّ أتيتُهُ فقال: «عرِّفْها حولاً»، فعرَّفتُها فلم أجِدْ، ثمَّ أتيتُهُ ثلاثاً فقال: «احفَظْ وِعاءَها وعَدَدَها ووِكاءَها، فإن جاء صاحبُها، وإلَّا فاستَمتِعْ بها»، فاستمتعتُ فلَقِيتُهُ بعدُ بمكَّة، فقال: لا أدري ثلاثةَ أحوالٍ أو حولاً واحداً.

(٣) أي: وكان أبيٌّ من المَياسير، وفي البخاري ما يَرُدُّ كونَ أبيٍّ من المياسير، أخرج في الوصايا، باب: إذا وقف أو أوصى لأقاربه ومن الأقارب، قال ثابتٌ عن أنس قال النَّبيُّ ﷺ لأبي طلحة: «اجعَلْها لِفُقراءِ أقارِبِكَ»، فجَعَلَها لِحسَّانَ وأبيِّ بنِ كعب.

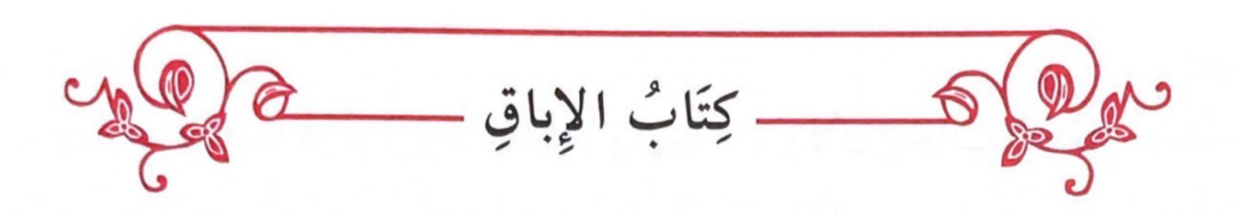
وكذا إذا كان الفَقِيرُ أباهُ أوِ ابنَهُ أو زَوْجَتَهُ، وإنْ كان هو غَنِيًّا.

(وكذا إذا كان الفَقِيرُ أباهُ أوِ ابنَهُ أو زَوْجَتَهُ، وإنْ كان هو غَنِيًّا) لِما ذكرنا، والله أعلم.





كتاب الإباق



كِتَابُ الإِبَاقِ

الآبِقُ أَخْذُهُ أفضَلُ في حَقِّ مَنْ يَقْوَى عليهِ، ومَنْ رَدَّ الآبِقَ على مَولاهُ مِنْ مَسيرَةِ ثَلاثَةِ أَيَّامٍ فصاعداً فلَهُ عليه جُعْلُهُ أربعونَ دِرهماً، وإنْ رَدَّهُ لأَقَلَّ مِنْ ذلكَ فَبِحِسابِهِ، ....

(كتاب الإباق[1])

(الآبِقُ أَخْذُهُ أفضَلُ في حَقِّ مَنْ يَقْوَى عليهِ)؛ لِما فيه من إحيائه، وأمَّا الضَّالُّ فقد قيل كذلك، وقد قيل: تَركُه أفضلُ؛ لأنَّه لا يَبرَحُ مكانَهُ فَيَجِدُه المالكُ، ولا كذلك الآبِقُ.

ثمَّ آخِذُ الآبِقِ يأتي به إلى السُّلطانِ؛ لأنَّه لا يَقدِرُ على حِفْظِه بنفسِهِ، بخلافِ اللُّقَطَة.

ثمَّ إذا رُفِع الآبقُ إليه يَحبِسُهُ، ولو رُفِع الضَّالُّ لا يَحبِسُه؛ لأنَّه لا يُؤمَنُ على الآبِقِ الإباقَ ثانياً، بخلاف الضَّالِّ.

قال: (ومَنْ رَدَّ الآبِقَ على مَولاهُ مِنْ مَسيرَةِ ثَلاثَةِ أيَّامٍ فصاعداً فلَهُ عليه جُعْلُهُ أربعونَ دِرهماً، وإنْ رَدَّهُ لأَقَلَّ مِنْ ذَلكَ فَبِحِسابِهِ) وهذا استحسانٌ، والقياسُ أن لا يكونَ له شيءٌ إلَّا بالشَّرطِ، وهو قولُ الشَّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنَّه مُتبرِّعٌ بِمَنافِعِه فأشبَهَ العبدَ الضَّالَّ.

ولنا: أنَّ الصَّحابةَ رضوانُ اللهِ عليهم اتَّفَقُوا على وُجوبِ أصلِ الجُعْلِ، إلَّا أنَّ منهم مَنْ أوجَبَ أربعينَ، ومنهم مَنْ أوجَبَ ما دُونَها، فأوجَبْنا الأربعينَ في مَسيرةِ

---

(١) الإباق: هو الهروب، والآبق: هو الهارِبُ من مالكه قصداً.

وإنْ كانت قِيمَتُهُ أَقَلَّ مِنْ أربعينَ يُقْضَى لَهُ بِقِيمَتِهِ إلَّا دِرْهَماً، ....

السَّفَرِ، وما دُونَها فيما دُونَه توفيقاً وتَلفِيقاً بينهما[1]، ولأنَّ إيجابَ الجُعْلِ أصلُهُ حاملٌ على الرَّدِّ؛ إذِ الحِسبةُ نادرةٌ، فتحصُلُ صيانةُ أموالِ النَّاس.

والتَّقديرُ بالسَّمع[2]، ولا سَمْعَ في الضَّالِّ فامتَنَعَ، ولأنَّ الحاجةَ إلى صيانةِ الضَّالِّ دونَها إلى صيانةِ الآبقِ؛ لأنَّه لا يَتوارى والآبِقُ يختفي، ويُقدَّرُ الرَّضْخُ في الرَّدِّ عمَّا دونَ السَّفَر باصطلاحهما، أو يُفوَّض إلى رأي القاضي، وقيل: تُقسَم الأربعون على الأيَّام الثَّلاثة، إذْ هي أقلُّ مدَّةِ السَّفر.

قال: (وإنْ كانت قِيمَتُهُ أَقَلَّ مِنْ أربعينَ يُقْضَى لَهُ بِقِيمَتِهِ إلَّا دِرْهَماً)، قال رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: وهذا قولُ محمَّد. وقال أبو يوسف رَحِمَهُمَا اللهُ: له أربعون درهماً، لأنَّ التَّقدير بها ثَبَتَ بالنَّصِّ، فلا يَنقُصُ عنها، ولهذا لا يجوزُ الصُّلحُ على الزِّيادةِ، بخلافِ الصُّلحِ على الأقلِّ لأنَّه حطٌّ منه.

ولمحمد: أنَّ المقصودَ حَملُ الغيرِ على الرَّدِّ لِيَحيى مالُ المالِكِ، فَيَنقُصُ درهمٌ لِيَسلَمَ له شيءٌ تحقيقاً للفائدة.

وأمُّ الولدِ والمُدبَّر في هذا بمنزلةِ القِنِّ إذا كان الرَّدُّ في حياةِ المَولَى؛ لِما فيه من إحياءِ مِلْكِه؛ ولو رُدَّا بعد مماتِهِ لا جُعلَ فيهما؛ لأنَّهما يُعتقان بالموتِ، بخلاف القِنِّ.

ولو كان الرَّادُّ أبا المولى أو ابنَهُ وهو في عيالِهِ، أو أَحَدَ الزَّوجينِ على الآخرِ، فلا جُعلَ لأنَّ هؤلاءِ يَتبرَّعون بالرَّدِّ عادةً، ولا يتناولُهُم إطلاقُ الكتاب[3].

---

(١) أي: جَمْعاً بينَ الرِّواياتِ المُتعارِضَة.

(٢) جوابٌ عن قياسِ الآبِقِ على الضَّالِّ في عَدَمِ وُجُوبِ الجُعل.

(٣) أي: القدوري، وهو قوله: «ومَن ردَّ الآبِقَ على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام».

وإنْ أَبَقَ مِنَ الذي رَدَّهُ فَلا شَيْءَ عَلَيهِ. ولو أعتَقَهُ المَولَى كما لَقِيَهُ صارَ قابِضاً بالإعتاقِ، ....

قال: (وإنْ أبَقَ مِنَ الذي رَدَّهُ فَلا شَيْءَ عَلَيهِ)؛ لأنَّه أمانةٌ في يدِهِ، لكن هذا إذا أَشهَدَ، وقد ذكرناه في اللُّقطة.

قال رَضِيَ اللهُ عَنهُ: «وذكر في بعض النَّسخ: أنَّه لا شيءَ له»، وهو صحيحٌ أيضاً؛ لأنَّه[1] في معنى البائعِ من المالكِ، ولهذا كان له أن يَحبِسَ الآبِقَ حتَّى يَستوفيَ الجُعلَ، بمنزلةِ البائعِ يَحبِسُ المَبيعَ لاستيفاءِ الثَّمنِ، وكذا إذا مات في يدِهِ لا شيءَ عليه؛ لِما قلنا[2].

قال: (ولو أعتَقَهُ المَولَى[3] كما لَقِيَهُ صارَ قابِضاً بالإعتاقِ[4])، كما في العبد المُشتَرى[5]، وكذا إذا باعَه من الرَّادِّ لسلامةِ البَدَلِ له[6].

والرَّدُّ وإن كان له حكمُ البيعِ، لكنَّهُ بيعٌ من وجهٍ، فلا يدخلُ تحتَ النَّهي الواردِ عن بيعِ ما لم يُقبَض فجاز[7].

---

(١) أي: الرَّاد.

(٢) من أنَّه أمانةٌ عنده.

(٣) أي: أعتقَه قبلَ أن يَقبِضَه.

(٤) أي: فيجبُ عليه الجُعلُ، وأشار بقوله: «بالإعتاق» إلى أنَّه لو دبَّر مكانَ الإعتاق، لم يَصِرْ قابضاً.

(٥) أي: كما لو أعتق المشتري العبدَ المُشتَرَى قبل قبضه.

(٦) أي: وكذا يصير قابضاً إذا باع المولى العبدَ الآبقَ من الرَّادِّ؛ لسلامة البدلِ له، وهو الثَّمن.

(٧) جواب عمَّا يقال: قد قلتم من قبلُ: إنَّ الرَّدَّ في معنى البيع من المالك، ثمَّ جوَّزتم بيعَ المالك من الرَّاد قبلَ أن يَقبِضَه، فيجب أن لا يجوز؛ لدخوله تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يُقبَض. وتقريرُ الجواب: أنَّ النَّهي عن ذلك مُطلَق، والمُطلَقُ يَنصرِف إلى الكامل، والرَّدُّ ليس ببيعٍ كاملٍ، بل هو بيعٌ من وجهٍ من حيثُ إعادةُ مِلكِ التَّصرُّف إليه فقط، لأنَّ مِلكَ الرَّقبةِ لا يزول عن المولى بالإباق، فلا يكون داخلاً تحتَ النَّهي، فيكون جائزاً.

وَيَنْبَغِي إذا أَخَذَهُ أَنْ يُشهِدَ أَنَّهُ يَأخُذُهُ لِيَرُدَّهُ. وإنْ كان الآبِقُ رَهْناً فَالجُعْلُ على المُرتَهِنِ.

قال: (وَيَنْبَغِي إذا أَخَذَهُ أَنْ يُشهِدَ أَنَّهُ يَأخُذُهُ لِيَرُدَّهُ)، فالإشهادُ حَتْمٌ فيه عليه على قولِ أبي حنيفة ومحمد، حتَّى لو رَدَّهُ مَنْ لم يُشهِدْ وقتَ الأخذِ لا جُعلَ له عندهما؛ لأنَّ تَرْكَ الإشهادِ أمارةٌ على أنه أخذَه لنفسه، وصار كما إذا اشتراه من الآخِذِ أو اتَّهبَه أو وَرِثه فردَّهُ على مولاه لا جُعلَ له؛ لأنَّه ردَّه لنفسِهِ، إلَّا إذا أشهَدَ أنَّه اشتراه لِيرُدَّه فيكون له الجُعلُ، وهو مُتبرِّع في أداء الثَّمن.

(وإنْ كان الآبِقُ رَهْناً فَالجُعْلُ على المُرتَهِنِ)؛ لأنَّه أحيا ماليَّتَه بالرَّدِّ، وهي حقُّه، إذِ الاستيفاءُ منها، والجُعلُ بِمُقابَلَةِ إحياءِ الماليَّة فيكونُ عليه، والرَّدُّ في حياةِ الرَّاهنِ وبعدَهُ سواءٌ، لأنَّ الرَّهنَ لا يَبطُلُ بالموتِ.

وهذا[1] إذا كانت قيمتُهُ مثلَ الدَّينِ أو أقلَّ منه، فإن كانت أكثَرَ فَبِقَدْر الدَّينِ عليه، والباقي على الرَّاهنِ[2] لأنَّ حقَّه بالقَدْرِ المَضمونِ، فصار كثَمَنِ الدَّواءِ[3]، وتَخليصِهِ عن الجناية بالفداء[4].

وإنْ كان مديوناً[5] فعَلَى المولى[6] إنْ اختارَ قضاءَ الدَّينِ، وإنْ بِيعَ[7] بُدِئ بالجُعْلِ

(١) أي: كونُ الجُعلِ على المُرتَهِن.

(٢) أي: يُقسَم الجُعلُ على الرَّاهن والمُرتهِن، فما أصاب الدَّينَ على المُرتَهِن، وما بقي على الرَّاهن، مثاله: الدَّينُ ثلاثمائة، وقيمةُ الرَّهن أربعمائة، يكون على المُرتَهِن ثلاثون وعلى الرَّاهن عشرة.

(٣) حيثُ يجب ذلك على المُرتَهِن بِقَدْر دَينِه، والباقي على الرَّاهن.

(٤) فإنَّ الفداء يجب على المرتهن بقدر دينه، والباقي على الرَّاهن.

(٥) أي: العبدُ الآبِقُ إذا كان مديوناً، بأن كان مأذوناً له فَلَحِقَه الدَّينُ في التِّجارةِ، أو استَهلَكَ مالَ الغَيرِ وأقرَّ بِهِ مَولاهُ. عناية.

(٦) أي: فالجُعْلُ على المولى. بناية.

(٧) أي: بِيعَ العبدُ بالدَّين.

والباقي للغُرماءِ؛ لأنَّه مُؤْنةُ المِلْك، والمِلكُ فيه كالموقوفِ[1]، فَتَجب على مَن يَستقِرُّ له.

وإن كان جانياً فعَلَى المَولَى إنِ اختارَ الفِداءَ؛ لِعَود المَنفعَةِ إليه، وعلى الأولياء إنِ اختارَ الدَّفْعَ لِعَودِها إليهم.

وإنْ كان مَوهُوباً فعلى المَوهُوبِ له، وإنْ رَجَعَ الواهبُ في هِبَتِه بعدَ الرَّدِّ؛ لأنَّ المنفعةَ للواهبِ ما حصلت بالرَّدِّ، بل بِتَركِ المَوهُوب له التَّصرُّفَ فيه بعدَ الرَّدِّ.

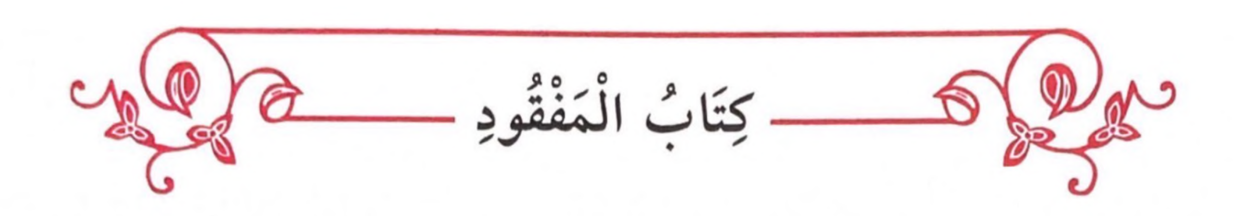
وإن كان لِصَبيٍّ فالجُعلُ في مالِهِ لأنَّه مُؤْنةُ مِلْكِه، وإنْ رَدَّه وَصيُّه فلا جُعْلَ له؛ لأنَّه هو الذي يتولَّى الرَّدَّ فيه.



(١) يعني: بين أن يَستقِرَّ على المولى متى اختارَ قَضاءَ الدَّين، وبينَ أن يصيرَ للغُرَماءِ متى اختارَ البيع، ولمَّا توقَّفَ المِلكُ في العبدِ توقَّفَت مَؤُنةُ المِلكِ، وهو الجُعل. عناية.

كتاب المفقود





كِتَابُ الْمَفْقُودِ

إذا غابَ الرَّجُلُ فَلَمْ يُعْرَفْ لَهُ مَوضِعٌ، ولا يُعلَمُ أحِيٌّ هو أمْ مَيِّتٌ، نَصَبَ القاضي مَنْ يَحْفَظُ مالَهُ ويَقُومُ عَلَيهِ ويَسْتَوفِي حَقَّهُ، ....

(كتاب المفقود)

(إذا غابَ الرَّجُلُ فَلَمْ يُعْرَفْ لَهُ مَوضِعٌ، ولا يُعلَمُ أحِيٌّ هو أمْ مَيِّتٌ، نَصَبَ القاضي مَنْ يَحْفَظُ مالَهُ ويَقُومُ عَلَيهِ ويَسْتَوفِي حَقَّهُ)؛ لأنَّ القاضي نُصِب ناظراً لكلِّ عاجزٍ عن النَّظرِ لنفسِهِ، والمفقودُ بهذه الصِّفةِ، وصار كالصَّبيِّ والمجنونِ، وفي نَصْبِ الحافِظِ لِمالِهِ والقائمِ عليه نظَرٌ له.

وقوله: «يستوفي حقَّه» لا خَفاءَ أنَّهُ يَقبِضُ غلَّاتِهِ والدَّينَ الذي أقرَّ به غريمٌ من غُرمائه؛ لأنَّه من بابِ الحِفظِ، ويُخاصِمُ في دَينٍ وَجَبَ بِعَقدِه؛ لأنَّه أصيلٌ في حُقوقِهِ.

ولا يُخاصِمُ في الذي تولَّاه المَفقودُ، ولا في نَصيبٍ له في عَقارٍ أو عُرُوضٍ في يدِ رجلٍ؛ لأنَّه ليس بمالكٍ ولا نائبٍ عنه، إنَّما هو وكيلٌ بالقَبضِ من جهةِ القاضي، وأنَّه لا يَملِكُ الخُصومة بلا خلاف، إنَّما الخلافُ في الوكيلِ بالقَبضِ من جِهَةِ المالِكِ في الدَّينِ، وإذا كان كذلكَ يَتضمَّنُ الحكمُ به قضاءً على الغائب[1]، وأنَّه لا يجوزُ، إلَّا إذا رآه القاضي وقَضَى به؛ لأنَّه مُجتَهَدٌ فيه.

---

(١) بيانه: أنَّ وكيلَ القاضي لمَّا لم يَملِكِ الخصومةَ، كان حكمُ القاضي بتنفيذِ الخُصومةِ قضاءً بالدَّين للغائب، والقضاءُ على الغائب وللغائب لا يجوز؛ لأنَّ القضاء لِقَطع الخُصومةِ، والخصومةُ من الغائب غيرُ مُتصوَّرة. عناية

قال في فتح القدير تعقيبا على قول المرغيناني: «قضاء على الغائب»: والأوجهُ أن يقول: للغائب.

ولا يَبِيعُ ما لا يَخافُ عَليهِ الفَسادَ في نَفَقةٍ ولا غَيرِها، وَيُنفِقُ على زَوْجَتِهِ وأولادِهِ مِنْ مالِهِ، ....

ثمَّ ما كان يَخافُ عليه الفسادَ يَبِيعُهُ القاضي؛ لأنَّه تعذَّر عليه حِفظُ صُورتِهِ، فينظرُ لَهُ بِحِفْظ المعنى.

(ولا يَبِيعُ ما لا يَخافُ عَليهِ الفَسادَ في نَفَقةٍ ولا غَيرِها)؛ لأنَّه لا ولايةَ له على الغائبِ إلَّا في حِفْظ مالِهِ، فلا يَسُوُغُ له تركُ حِفْظِ الصُّورةِ وهو مُمكِنٌ.

قال: (وَيُنفِقُ على زَوْجَتِهِ وأولادِهِ مِنْ مالِهِ[1])، وليس هذا الحكمُ مَقصُوراً على الأولاد، بل يعمُّ جميعَ قَرابةِ الوِلاد.

والأصلُ: أنَّ كلَّ مَنْ يَستحِقُّ النَّفقةَ في مالِهِ حالَ حَضرتِهِ بِغَير قضاءِ القاضي، يُنفَقُ عليه من مالِهِ عند غَيبتِهِ؛ لأنَّ القضاءَ حينئذٍ يكون إعانةً، وكلُّ مَنْ لا يَستحِقُّها في حَضرتِهِ إلَّا بالقضاء، لا يُنفَقُ عليه من مالِهِ في غَيبتِهِ؛ لأنَّ النَّفقةَ حينئذٍ تجبُ بالقضاءِ، والقضاءُ على الغائبِ مُمتَنِعٌ، فَمِنَ الأوَّل: الأولادُ الصِّغارُ والإناثُ من الكبارِ والزَّمنى من الذُّكورِ الكبار، ومن الثاني: الأخُ والأختُ والخالُ والخالةُ.

وقوله: «من مالِهِ» مُرادُهُ الدَّراهمُ والدَّنانير؛ لأنَّ حقَّهم في المَطعوم والمَلبوسِ، فإذا لم يكن ذلك في مالِهِ يَحتاجُ إلى القضاءِ بالقيمةِ، وهي النَّقدان، والتِّبرُ بِمنزلَتِهما في هذا الحكمِ؛ لأنَّه يَصلُح قيمةً كالمَضرُوب.

وهذا[2] إذا كانت في يدِ القاضي، فإنْ كانت وَديعةً أو دَيْناً، يُنفِق عليهم منهما إذا كان المُودَعُ والمَديونُ مُقِرَّين بالدَّين والوديعةِ والنِّكاحِ والنَّسبِ، وهذا[3]

---

(١) أي: من مال المفقود.

(٢) أي: الذي ذكرناه من إنفاقِ القاضي عليهم من الدَّراهم والدَّنانير. عناية.

(٣) أي: الاحتياج إلى الإقرار. عناية.

ولا يُفَرَّقُ بَيْنَهُ وَبينَ امرأتِهِ، ....

إذا لم يكونا[(١)] ظاهِرَيْن عند القاضي، فإنْ كانا ظاهِرَينِ فلا حاجةَ إلى الإقرار. وإنْ كان أحَدُهما ظاهراً، الوديعةُ والدَّينُ أو النِّكاحُ والنَّسبُ، يُشتَرَطُ الإقرارُ بما ليس بظاهرٍ، هذا هو الصَّحيح.

فإنْ دَفَعَ المودَعُ بنفسِهِ أو مَنْ عليه الدَّينُ بِغَير أمرِ القاضي، يَضمَنُ المُودَعُ ولا يَبرأُ المَديُونُ؛ لأنَّه ما أدَّى إلى صاحب الحقِّ ولا إلى نائبِهِ، بخلافِ ما إذا دَفَعَ بأمرِ القاضي؛ لأنَّ القاضي نائبٌ عنه.

وإن كان المُودَعُ والمَديونُ جاحِدَينِ أصلاً، أو كانا جاحِدَينِ الزَّوجيَّةَ والنَّسبَ، لم يَنتَصِبْ أحَدٌ من مُستحقِّي النَّفقةِ خَصماً في ذلك؛ لأنَّ ما يَدَّعيه للغائبِ لم يَتعيَّنْ سبباً لِثُبوتِ حقِّه، وهو النَّفقةُ، لأنَّها كما تَجِبُ في هذا المالِ تَجِبُ في مالٍ آخَرَ لِلمَفقُود.

قال: (ولا يُفَرَّقُ بَيْنَهُ وَبينَ امرأتِهِ)، وقال مالك: إذا مَضَى أربعُ سنينَ يُفرِّقُ القاضي بينه وبين امرأتِهِ، وتعتَدُّ عدَّةَ الوفاةِ، ثمَّ تتزوَّجُ مَن شاءتْ[(٢)]؛ لأنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ هكذا قَضَى في الذي استهواه الجِنُّ[(٣)] بالمدينة[(٤)]، وكفى به إماماً،

---

(١) جَعَلَ الدَّينَ والوديعةَ شيئاً واحداً، والنِّكاحَ والنَّسَبَ كذلك، فلذلك ذكَرَهما بلفظِ التَّثنيةِ.

(٢) قال الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير (٢/ ٤٨٣): المفقودُ في بلادِ الإسلامِ وحكمُه: أنَّه يؤجَّلُ أربَعَ سنين بعد البحثِ عنه والعَجزِ عن خَبرِه، ثمَّ تعتَدُّ زوجتُهُ.
والمفقودُ بأرضِ الشِّركِ كالأسير، وحكمُهما: أن تبقى زوجَتُهُما لانتهاء مدَّةِ التَّعمير، ثمَّ تعتَدُّ زوجتُهُ.
والمفقودُ في الفِتَنِ بينَ المسلمين، وحكمُهُ: أن تعتَدَّ زوجتُهُ بعدَ انفصالِ الصَّفين.
والمفقودُ في الفِتَن بين المسلمينَ والكفَّارِ، وحكمُهُ: أن يُؤجَّلَ سنةً بعد النَّظرِ والكشفِ عنه، ثمَّ تعتَدُّ زوجتُهُ، هذا حاصلُ ما تقدَّم، وظاهِرُهُ أنَّه لا يحتاجُ للحكمِ بموتِهِ في الأقسام كلِّها، ولا لإذنِ القاضي للزَّوجةِ في العدَّة. اهـ.

(٣) أي: جرَّته إلى المهاوي، وهي المهالك. عناية.

(٤) أخرج عبد الرزَّاق في مصنَّفه، كتاب في الطلاق، باب: التي لا تعلم مهلك زوجها (١٢٣٢٠)، =

ولأنَّه مَنَع حقَّها بالغَيبةِ، فَيُفرِّقُ القاضي بينهما بعدَ مُضيِّ مُدَّةٍ اعتباراً بالإيلاء والعُنَّة[(١)]، وبعدَ هذا الاعتبارِ أخَذَ المِقدارَ منهما، الأربعَ مِنَ الإيلاء والسِّنينَ مِنَ العُنَّة، عَمَلا بالشَّبهين.

ولنا: قوله ﷺ في امرأةِ المَفقودِ: «إنَّها امرأتُهُ حتَّى يأتِيَها البيانُ[(٢)]»، وقولُ عليٍّ رضي الله عنه فيها: «هي امرأةٌ ابتُلِيَت فلتَصْبِرْ حتَّى يَستبِينَ موتٌ أو طلاقٌ[(٣)]»، خَرَجَ بياناً

= وابن أبي شيبة في مصنفه - واللفظ له - كتاب النكاح، باب: من قال تعتد وتزوج ولا تربص (١٦٧٢٠) عن يحيى بن جَعدَةَ أنَّ رجلاً استهوَتْه الجِنُّ على عَهدِ عمرَ، فأتَتِ امرأتُهُ عمرَ، فأمَرَها أن تَرَبَّصَ أربَعَ سنين، ثمَّ أمَرَ وليَّهُ بعدَ أربعِ سنين أن يُطلِّقَها، ثمَّ أمرَها أن تعتَدَّ، فإذا انقَضَت عِدَّتُها تَزوَّجَت، فإن جاء زوجُها خُيِّر بين امرأتِهِ والصَّداقِ.

وأخرج ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب النكاح، باب: من قال تعتد وتزوج ولا تربص (١٦٧١٧) عن سعيد بن المسيِّب أنَّ عمرَ وعثمانَ بنَ عفَّان قالا في امرأة المفقود: تتربَّصُ أربعَ سنين وتعتَدُّ أربعة أشهرٍ وعشراً.

(١) والجامعُ بينهما: مَنْعُ الزَّوجِ حَقَّ المرأةِ ورَفْعُ الضَّرر عنها، فإنَّ العِنِّينَ يُفرَّق بينه وبين امرأتِهِ بعدَ مُضيِّ سنةٍ لِرَفع الضَّرر عنها، وبينَ المُولي وامرأتِهِ بعدَ أربعةِ أشهرٍ لِرَفعِ الضَّرر عنها، ولكن عُذرُ المَفقودِ أظهَرُ من عذرِ المُولي والعِنِّين، فيتعيَّنَ في حقِّه المُدَّتان في التَّربُّص بأن تُجعَل السُّنون مكانَ الشُّهورِ، فتتربَّصُ أربعَ سنين. عناية.

(٢) قال الزيلعي (٣/ ٤٧٣): أخرجه الدارقطني في سننه عن المغيرة بن شعبة قال: قال رسول الله ﷺ: «امرأةُ المفقودِ امرأتُهُ حتَّى يأتيها البيانُ»، ووجدتُهُ في نسخة أخرى: «حتَّى يأتيها الخبر»، وهو حديث ضعيف.

قال ابن أبي حاتم في كتاب العلل: سألتُ أبي عن حديثٍ رواه سِوارُ بنُ مصعب عن محمد بن شُرَحبيل عن المغيرة بن شعبة، قال: قال رسول الله ﷺ في امرأة المفقود: «هي امرأتُهُ حتَّى يأتيها البيان»، فقال أبي: هذا حديثٌ منكَرٌ، ومحمد بن شرحبيل متروكُ الحديث، يروي عن المغيرة مناكير أباطيل.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب الطلاق، باب: التي لا تعلم مهلك زوجها (١٢٣٣٠).

وأخرج ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب المفقود، باب: في امرأة المفقود من قال ليس لها أن تزوج (١٦٧١٠) عن أبي قلابة قال: «ليس لها أن تتزوَّج حتَّى يتبيَّن لها موتُهُ»، وبرقم (١٦٧١١) عن إبراهيم النَّخعي في امرأة تَفقِدُ زوجَها أو يأخُذَه العدوُّ قال: «تَصبِرُ فإنَّما هي امرأتُهُ يُصيبها ما أصابَ النِّساءَ =

وإذا تَمَّ لَهُ مِائةٌ وعِشْرونَ سَنَةً مِنْ يَومِ وُلِدَ حَكَمْنا بِمَوتِهِ، ويُقَسَّمُ مالُهُ بينَ وَرَثَتِهِ المَوجُودِينَ في ذلك الوَقتِ، ومَنْ ماتَ قَبْلَ ذلكَ لَمْ يَرِثْ مِنهُ. ....

للبيان المذكور في المرفوع، ولأنَّ النِّكاحَ عُرِف ثُبُوتُه والغَيبةُ لا تُوجِب الفُرقةَ، والموتُ في حيِّز الاحتمالِ، فلا يُزالُ النِّكاحُ بالشَّكِّ، وعمرُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ رَجَع إلى قولِ عليٍّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

ولا مُعتَبَر بالإيلاء[1]؛ لأنَّه كان طلاقاً مُعجَّلاً فاعتُبِر في الشَّرع مُؤجَّلاً، فكان مُوجِباً للفُرقةِ. ولا بالعُنَّة[2] لأنَّ الغَيبةَ تُعقِبُ الأوبَةَ، والعُنَّةُ قلَّما تَنحَلُّ بعد استمرارها سنةً.

قال: (وإذا تَمَّ لَهُ مِائةٌ وعِشْرونَ سَنَةً مِنْ يَومِ وُلِدَ حَكَمْنا بِمَوتِهِ)، قال رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: وهذه روايةُ الحَسَن عن أبي حنيفة، وفي ظاهر المذهبِ: يُقدَّر بِموتِ الأقرانِ، وفي المَرويِّ عن أبي يوسف: بمائةِ سنةٍ، وقدَّره بعضُهُم بتسعين، والأقيَسُ أن لا يُقدَّر بشيءٍ، والأرفَقُ أن يُقدَّر بتسعين.

وإذا حُكِم بموتِهِ اعتدَّتِ امرأتُهُ عِدَّةَ الوفاةِ من ذلك الوقت، (ويُقَسَّمُ مالُهُ بينَ وَرَثَتِهِ المَوجُودِينَ في ذلك الوَقتِ) كأنَّه ماتَ في ذلك الوقتِ مُعاينةً، إذِ الحُكميُّ مُعتَبَرٌ بالحقيقيِّ، (ومَنْ ماتَ قَبْلَ ذلكَ لَمْ يَرِثْ مِنهُ)؛ لأنَّه لم يُحكَم بموتِهِ فيها، فصار كما إذا كانت حياتُهُ معلومةً.

= حتَّى يجيء زوجُها، أو يُبلُغَها أنَّه مات»، و(١٦٧١٢) عن الشَّعبيِّ قال: «لا تُزوَّج امرأةُ المَفقودِ حتَّى يرجعَ أو يموتَ»، و(١٦٧١٣) عن جابر بن زيد وقد سُئل عن امرأة غابَ زوجُها عنها زماناً، لا تَعلَمُ له بِمَوتٍ ولا حياةٍ، قال: «تتربَّصُ حتَّى تعلَمَ حيٌّ هو أم ميِّتٌ».

[1] جوابٌ عن قياسِ مالكٍ في صورةِ النِّزاعِ على الإيلاء.

[2] جواب عن القياس بالعِنَّة. وتقريره: أنَّ العِنَّةَ بعد ما استمَرَّت سنةً كانت طبيعَةً، والطَّبيعةُ لا تَنحَلُّ، ففاتَ حقُّها على التأبيد، فَيُفرَّقُ بينهما بعد سنةٍ دَفعاً للضَّررِ عنها، بخلافِ امرأةِ المَفقودِ فإنَّ حقَّها مَرجُوٌّ قبلَ مُضيِّ أربعِ سنين وبعدَهُ. عناية.

ولا يَرِثُ المَفقُودُ أحَداً ماتَ في حالِ فَقْدِهِ، وكَذلِكَ لو أُوصي لِلمَفْقُودِ وماتَ المُوصِي.

(ولا يَرِثُ المَفقُودُ أحَداً ماتَ في حالِ فَقْدِهِ)؛ لأنَّ بقاءَهُ حيّاً في ذلك الوقتِ باستصحابِ الحالِ، وهو لا يَصلُحُ حجَّةً في الاستحقاق.

(وكَذلِكَ لو أوصى لِلمَفْقُودِ وماتَ المُوصِي[1])، ثُمَّ الأصلُ أنَّه لو كان مع المفقودِ وارثٌ لا يُحجَبُ به، ولكنَّه يَنتقِصُ حقُّه به، ويُعطى أقلَّ النَّصيبَيْنِ، ويُوقَفُ الباقي، وإن كان معهُ وارثٌ يُحجَب به لا يُعطَى أصلاً.

بيانه: رجلٌ مات عن ابنتين وابنٍ مفقودٍ وابنِ ابنٍ وبنتِ ابنٍ، والمالُ في يدِ الأجنبيِّ، وتَصادَقُوا على فَقدِ الابنِ، وطلبَتِ الابنتان الميراثَ، تُعطَيانِ النِّصفَ؛ لأنَّه متيقَّنٌ به، ويُوقَفُ النِّصفُ الآخَرُ، ولا يُعطَى ولدُ الابنِ لأنَّهم يُحجَبُون بالمَفقود لو كان حيّاً، فلا يَستحقُّونَ الميراثَ بالشَّكِّ، ولا يُنزَعُ من يدِ الأجنبيِّ إلَّا إذا ظَهرتْ منه خِيانةٌ[2].

ونظيرُ هذا الحملُ، فإنَّه يُوقَفُ له ميراثُ ابنٍ واحدٍ على ما عليه الفتوى، ولو كان معه وارثٌ آخرُ:

- إنْ كان لا يَسقُطُ بحالٍ ولا يَتغَيَّرُ بالحَمْل يُعطَى كلٌّ نَصيبَهُ[3].
- وإنْ كان مِمَّن يَسقُطُ بالحَملِ لا يُعطَى[4].

---

(١) أي: لا تصحُّ الوصيَّةُ، بل تُوقَف. عناية.

(٢) أي بأن كان أنكر أنَّ للميِّتِ عنده مالاً، حتى أقامت البنتان البيِّنةَ عليه، فقضي بها؛ لأنَّ أحد الورثةِ ينتصبُ خصماً عن الباقين، فإنَّه حينئذ يؤخذ الفضلُ الباقي منه، ويُوضَع في يد عدلٍ لظهور خيانته. فتح.

(٣) كما إذا تركَ امرأةً حاملاً وجدَّةً، فإنَّ لِلجَدَّة السُّدُسَ؛ لأنَّه لا يَتغَيَّرُ فرضُها بالحمل، وكذلك إذا تركَ ابناً وامرأةً حاملاً، فإنَّ المرأةَ تُعطَى الثُّمُنَ لأنَّه لا تتغيَّرُ فريضتُها.

(٤) كابنِ الابنِ والأخِ أو العمِّ، فإنَّه لو تركَ امرأةً حاملاً وأخاً أو عمّاً، لا يُعطَى الأخُ والعمُّ شيئاً، لأنَّ من الجائز أن يكونَ الحملُ ابناً، فيسقطُ معهُ الأخُ والعمُّ، فلمَّا كانا ممَّن يَسقُط بحالٍ كان أصلُ الاستحقاقِ لهما مشكوكاً، فلا يعطى واحد منهما شيئاً لذلك.

- وإنْ كان مِمَّن يَتغيَّر به يُعطَى الأقلَّ لِلتَّيقُّن به[١]، كما في المفقود[٢]، وقد شرحناه في كفاية المنتهي بأتَمَّ من هذا، والله أعلم.

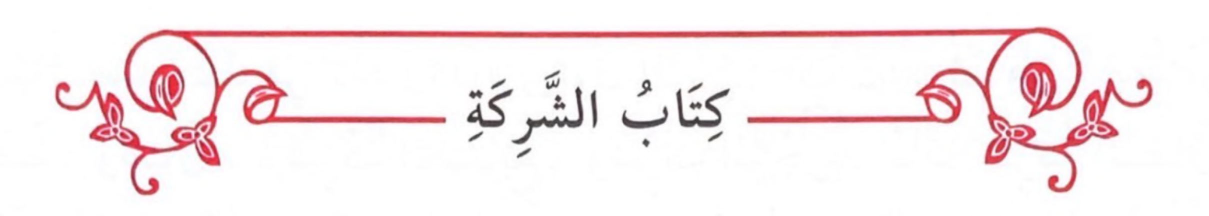


(١) كالزَّوجةِ والأمِّ، فإنَّه إن كان الحملُ حيّاً تَرِث الزَّوجةُ الثُّمُنَ والأمُّ السُّدُسَ، وإن لم يكن حيّاً فهما يَرِثان الرُّبُعَ والثُّلُثَ، فَتُعطيان الثُّمُنَ والسُّدُسَ للتَّيقُّن.

(٢) يعني: أنَّه إذا مات الرَّجلُ وتركَ جَدَّةً وابناً مَفقوداً، فللجَدَّةِ السُّدُسُ كما ذكرنا في الحمل؛ لأنَّه لا يَتغيَّر نصيبُها، وكذلك لو ترك أخاً وابناً مفقوداً لا يُعطَى الأخُ شيئاً، وكذلك لو ترك أمّاً وابناً مَفقوداً، فإنَّه إن كان المفقودُ حيّاً تَستحِقُّ الأمُّ السُّدُسَ، وإن كان ميتاً تَستحِقُّ الثُّلُثَ، كما في الحمل.

كتاب الشركة





الشَّرِكَةُ جائِزَةٌ الشَّرِكةُ ضَرْبانِ: شَرِكَةُ أملاكٍ، وشَرِكَةُ عُقُودٍ. فَشَرِكَةُ الأملاكِ: العَيْنُ يَرِثُها رَجُلانِ أو يَشْتَرِيانِها، فلا يَجُوزُ لأحَدِهِما أنْ يَتَصَرَّفَ في نَصِيبِ الآخَرِ إلَّا بِإِذْنِهِ، وَكُلٌّ مِنْهما في نَصِيبِ صاحِبِهِ كالأجنَبِيِّ. ....

(كتاب الشركة)

(الشَّرِكَةُ جائِزَةٌ)؛ لأنَّه ﷺ بُعِث والنَّاسُ يَتعامَلون بها فقرَّرَهم عليها.

قال: (الشَّرِكةُ ضَرْبانِ: شَرِكَةُ أملاكٍ، وشَرِكَةُ عُقُودٍ).

الضرب الأول: شركة الأملاك

(فَشَرِكَةُ الأملاكِ: العَيْنُ يَرِثُها رَجُلانِ أو يَشْتَرِيانِها، فلا يَجُوزُ لأحَدِهِما أنْ يَتَصَرَّفَ في نَصِيبِ الآخَرِ إلَّا بِإِذْنِهِ، وَكُلٌّ مِنْهما في نَصِيبِ صاحِبِهِ كالأجنَبِيِّ)، وهذه الشَّركةُ تتحقَّقُ في غيرِ المَذكورِ في الكتابِ، كما إذا اتَّهَبَ رجلانِ عيناً، أو مَلَكاها بالاستيلاءِ، أو اختَلَطَ مالُهُما من غيرِ صُنْعِ أحَدِهما، أو بِخَلْطِهما خَلْطاً يَمْنَع التَّمييزَ رأساً، أو إلَّا بِحَرَجٍ.

ويَجوزُ بَيْعُ أحدِهما نَصيبَهُ من شريكِهِ في جميعِ الصُّور، ومن غيرِ شَرِيكِهِ بغيرِ إذنِهِ إلَّا في صَورةِ الخَلطِ والاختلاطِ فإنَّه لا يَجوزُ إلَّا بإذنِهِ، وقد بيَّنَّا الفرقَ في كفاية المنتهي.

والضَّربُ الثَّاني: شَرِكَةُ العُقُودِ، وَرُكْنُها: الإيجابُ والقَبُولُ، وهو أنْ يَقُولَ أحَدُهُما: «شارَكْتُكَ في كذا وكذا» ويقولَ الآخَرُ: «قَبِلْتُ». ثُمَّ هي أربعةُ أوجُهٍ: مُفاوَضَةٌ، وَعِنانٌ، وشَرِكَةُ الصَّنائِعِ، وشَرِكَةُ الوُجُوهِ. فأمَّا شَرِكَةُ المُفاوَضَةُ: فهي أنْ يَشْتَرِكَ الرَّجُلانِ فَيتساوَيانِ في مالِهما وتَصَرُّفِهما وَدِينِهما، ....

الضرب الثاني: شركة العقود

(والضَّربُ الثَّاني: شَرِكَةُ العُقُودِ، وَرُكْنُها: الإيجابُ والقَبُولُ، وهو أنْ يَقُولَ أحَدُهُما: «شارَكْتُكَ في كذا وكذا» ويقولَ الآخَرُ: «قَبِلْتُ»)، وشرطُهُ: أن يكون التَّصرُّفُ المعقودُ عليه عَقْدَ الشَّرِكةِ قابلاً لِلوَكالةِ؛ لِيَكون ما يُستفادُ بِالتَّصرُّف مُشتَرَكاً بينهما، فيتحقَّقُ حكمُهُ المطلوبُ منه[1].

(ثُمَّ هي أربعةُ أوجُهٍ: مُفاوَضَةٌ، وَعَنانٌ، وشَرِكَةُ الصَّنائِعِ، وشَرِكَةُ الوُجُوهِ).

أولا: شركة المفاوضة

(فأمَّا شَرِكَةُ المُفاوَضَةُ: فهي أنْ يَشْتَرِكَ الرَّجُلانِ فَيتساوَيانِ في مالِهما وتَصَرُّفِهما وَدِينِهما)؛ لأنَّها شركةٌ عامَّةٌ في جميع التِّجاراتِ، يُفوِّضُ كلُّ واحدٍ منهما أَمْرَ الشَّركةِ إلى صاحبِهِ على الإطلاقِ، إذ هي من المُساواة[2]، قال قائلُهم:

لا يَصلُحُ النَّاس فَوْضَى لا سَراةَ
لهم ولا سَراةَ إذا جُهَّالُهُم سادُوا

أي: متساويين.

---

(١) أي: من عَقدِ الشَّركةِ، وشرح هذا: أنَّ هذه العقودُ إنَّما تَضمَّنتِ الوكالةَ لأنَّ مِن حكمِ الشَّركةِ ثُبوتَ الاشتراكِ في المُستفادِ بالتِّجارةِ، ولا يصيرُ المُستفادُ بالتِّجارةِ مشتَرَكاً بينهما إلا أن يكونَ كلُّ واحدٍ منهما وكيلاً عن صاحبِهِ في النِّصف وفي النِّصفِ عاملاً لنفسِهِ، حتَّى يصيرُ المُستفادُ مُشتَرَكاً بينهما، فصار كلُّ واحدٍ منهما وكيلاً عن صاحبِهِ بِمُقتضى عَقدِ الشَّركةِ. عناية.

(٢) أي: من حيث المعنى، لا من حيثُ الاشتقاق، لهذا قال صاحب المبسوط: اشتقاقُ المفاوضة من التَّفويض، إذ كلُّ واحد منهما مفوِّضٌ التصرُّفَ إلى صاحبه ... انظر البناية للعيني.

فلا بدَّ من تَحقيقِ المُساواةِ ابتداءً وانتهاءً، وذلك: في المالِ، والمرادُ به ما تَصحُّ الشَّركةُ فيه، ولا يُعتَبَرُ التَّفاضُلُ فيما لا تَصِحُّ الشَّركةُ فيه، وكذا في التَّصرُّف؛ لأنَّه لو مَلَكَ أحدُهما تصرُّفاً لا يَملِكُهُ الآخَرُ لَفاتَ التَّساوي، وكذلك في الدِّين لِما نُبيِّنُ إن شاء الله تعالى.

وهذه الشَّرِكةُ جائزةٌ عندنا استحساناً، وفي القياس لا تَجوزُ، وهو قولُ الشَّافعيِّ[١]، وقال مالك[٢]: لا أعرِفُ ما المُفاوَضة.

وجهُ القياس: أنَّها تَضمَّنتِ الوكالةَ بِمَجهولِ الجِنْسِ والكفالةَ بِمَجهولٍ، وكلُّ ذلك بانفرادِهِ فاسدٌ.

وجهُ الاستحسان: قولُه ﷺ: «فاوِضُوا؛ فإنَّه أعظَمُ للبركة[٣]»، وكذا النَّاسُ يَتعاملون بها من غير نكيرٍ، وبه يُترَكُ القياسُ، والجَهالةُ مُتَحمَّلةٌ تَبَعاً كما في المُضاربة[٤].

---

(١) قال الرافعي في الشرح الكبير (١٠/ ٤١٥) دار الفكر: شركة المفاوضة: وهي أن يشتركا ليكون بينهما ما يكتسبان ويربحان ويَلزَمان من غُرمٍ، ويَحصُل لهما من غُنمٍ، وهي باطلة. اهـ.

(٢) الصحيح المفاوضة جائزة في مذهب مالك، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٣٤٨) وما بعدها، دار إحياء الكتب العربية.

(٣) قال الزيلعي (٣/ ٤٧٥): غريب، وأخرج ابن ماجه في التجارات، باب: الشركة والمضاربة (٢٢٨٩) عن صهيب قال: قال رسول الله ﷺ: «ثلاثٌ فيهنَّ البركةُ: البيعُ إلى أجل، والمُقارَضةُ، وأخلاطُ البُرِّ بالشَّعيرِ للبيت، لا لِلبَيع». ويوجد في بعض نسخ ابن ماجه «المفاوضة» عوض «المُقارضة»، ورواه إبراهيم الحربيُّ في كتاب غريب الحديث، وضبَطَ «المُعارضة» - بالعين والضاد - فسَّرَ «المعارضة» بأنَّها بيعُ عَرَضٍ بِعَرَضٍ مثلِهِ، قال: والعَرَضُ هو ما سوى النُّقودِ من دابَّةٍ أو غيرها، قال: والعرض - بفتح الراء - حُطام الدُّنيا، ومنه قوله ﷺ: «ليس الغِنى عن كثرةِ العَرَض، إنَّما الغِنى غِنى النَّفس»، وقولِهِ: «يبيعُ أقوامٌ دِينَهم بعَرَض من الدنيا»، وقوله: ﴿تُرِيدُونَ عَرَضَ ٱلدُّنْيَا﴾ [الأنفال: ٦٧].

(٤) يعني: الوكالةُ بمجهولِ الجنسِ موجودةٌ في المضاربة، وهي جائزةٌ هناك تَبَعاً، فكذلك هاهنا.

ولا تَنعقِدُ إلَّا بِلَفظةِ المُفاوَضةِ، فَتَجُوزُ بَيْنَ الحُرَّينِ الكَبيرَينِ، مُسلِمَينِ أو ذِمِّيَّينِ؛ لِتَحقُّقِ التَّساوي، وإنْ كانَ أحَدُهما كتابِيّاً والآخَرُ مَجُوسِيّاً تَجُوزُ أيضاً، ولا تَجُوزُ بينَ الحُرِّ والمَمْلُوكِ، ولا بَيْنَ الصَّبيِّ والبالِغِ، ولا بَيْنَ المُسلِمِ والكافِرِ، ولا يَجُوزُ بَيْنَ العَبدَينِ، ولا بَيْنَ الصَّبِيَّينِ، ولا بَيْنَ المُكاتَبَيْنِ. ....

(ولا تَنعقِدُ إلَّا بِلَفظةِ المُفاوَضةِ)؛ لِبُعدِ شَرائطِها عن عِلْمِ العوامِّ، حتَّى لو بيَّنا جميعَ ما تَقتضيه تَجُوز؛ لأنَّ المُعتَبَرَ هو المعنى.

قال: (فَتَجُوزُ بَيْنَ الحُرَّينِ الكَبيرَينِ، مُسلِمَينِ أو ذِمِّيَّينِ؛ لِتَحقُّقِ التَّساوي، وإنْ كانَ أحَدُهما كتابِيّاً والآخَرُ مَجُوسِيّاً تَجُوزُ أيضاً) لِما قلنا.

(ولا تَجُوزُ بينَ الحُرِّ والمَمْلُوكِ، ولا بَيْنَ الصَّبيِّ والبالِغِ)؛ لانعدام المساواة؛ لأنَّ الحُرَّ البالغَ يَملِكُ التَّصرُّفَ والكفالةَ، والمَملُوكُ لا يَملِكُ واحداً منهما إلَّا بإذنِ المولى، والصَّبيُّ لا يَملِكُ الكفالةَ ولا يَملِكُ التَّصرُّفَ إلَّا بإذنِ الوليِّ.

قال: (ولا بَيْنَ المُسلِمِ والكافِرِ) وهذا قولُ أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يجوزُ لِلتَّساوي بينهما في الوَكالةِ والكَفالة، ولا مُعتبَر بزيادةِ تَصرُّفٍ يَملِكُه أحَدُهما كالمُفاوَضة بين الشَّفعويِّ والحنفيِّ، فإنَّها جائزةٌ ويتفاوتان في التَّصرُّف في مَتروكِ التَّسميةِ، إلَّا أنَّه يُكره لأنَّ الذِّمِّيَّ لا يَهتدي إلى الجائز من العقود.

ولهما: أنَّه لا تَساوي في التَّصرُّف، فإنَّ الذِّمِّيَّ لوِ اشترى برأسِ المال خُموراً أو خنازيرَ صحَّ، ولو اشتراها مسلمٌ لا يصحُّ.

(ولا يَجُوزُ بَيْنَ العَبدَينِ، ولا بَيْنَ الصَّبِيَّينِ، ولا بَيْنَ المُكاتَبَيْنِ)؛ لانعدام صحَّةِ الكفالةِ، وفي كلِّ مَوضعٍ لم تصحَّ المُفاوَضَةُ لِفَقدِ شَرطِها، ولا يُشترَطُ ذلك في العَنانِ، كان عَناناً لاستجماع شرائطِ العَنان، إذ هو[1] قد يكونُ خاصّاً وقد يكون عامّاً[2].

(١) أي: العَنان.

(٢) يعني: قد يكون عامّاً في أنواعِ التِّجارةِ، وقد يكونُ في نوعٍ خاصٍّ منها، والمفاوضةُ عامَّةٌ فيها، فجاز

وتَنْعَقِدُ على الوَكالَةِ والكَفالَةِ. وما يَشْتَرِيهِ كُلُّ واحدٍ مِنْهما يَكُونُ على الشَّرِكَةِ، إلَّا طَعامَ أهلِهِ وَكِسْوَتَهُم، وَلِلبائعِ أنْ يَأخُذَ بِالثَّمَنِ أيَّهما شاءَ. وما يَلْزَمُ كُلَّ واحدٍ منهما مِنَ الدُّيُونِ بَدَلاً عَمَّا يَصِحُّ فيه الاشتراكُ، فالآخَرُ ضامِنٌ لَهُ. ....

قال: (وتَنْعَقِدُ على الوَكالَةِ والكَفالَةِ)، أمَّا الوكالةُ فَلِتحقُّقِ المَقصودِ، وهو الشَّركةُ في المال على ما بيَّنَّاه[1]، وأمَّا الكفالةُ: فَلِتحقُّقِ المساواةِ فيما هو من مَواجِبِ التِّجاراتِ، وهو توَجُّهُ المُطالبَةِ نَحْوَهما جميعاً.

قال: (وما يَشْتَرِيهِ كُلُّ واحدٍ مِنْهما يَكُونُ على الشَّرِكَةِ، إلَّا طَعامَ أهلِهِ وَكِسْوَتَهُم) وكذا كِسوَتُه، وكذا الإدامُ؛ لأنَّ مُقتَضى العَقدِ المُساواةُ، وكلُّ واحدٍ منهما قائمٌ مقامَ صاحبِهِ في التَّصرُّف، وكان شراءُ أحَدِهما كشرائِهما، إلَّا ما استثناه في الكتاب، وهو استحسانٌ؛ لأنَّه مُستثنى عن المُفاوَضَة لِلضَّرورةِ، فإنَّ الحاجَةَ الرَّاتبةَ مَعلُومَةُ الوُقوعِ، ولا يُمكِنُ إيجابُهُ على صاحِبِه ولا التَّصرُّف من ماله، ولا بدَّ من الشِّراءِ فيختَصُّ به ضرورةً. والقياسُ أن يكون على الشركةِ لِما بيَّنَّا.

(وَلِلبائعِ أنْ يَأخُذَ بِالثَّمَنِ أيَّهما شاءَ)، المُشتري بالأصالةِ وصاحِبَه بالكفالةِ، ويَرجِعُ الكفيلُ على المُشتري بِحِصَّتِهِ ممَّا أدَّى؛ لأنَّه قضى ديناً عليه من مالٍ مُشتَرَك بينهما.

قال: (وما يَلْزَمُ كُلَّ واحدٍ منهما مِنَ الدُّيُونِ بَدَلاً عَمَّا يَصِحُّ فيه الاشتراكُ، فالآخَرُ ضامِنٌ لَهُ) تحقيقاً للمساواة.

فَمِمَّا يصحُّ الاشتراكُ فيه الشِّراءُ والبيعُ والاستئجار[2]، ومِنَ القسمِ الآخَرِ الجنايةُ

= أن يُذكَرَ لفظُ المُفاوَضةِ ويُرادُ معنى العَنان، كما يَجوزُ إثباتُ معنى الخُصوصِ بلفظ العُموم. عناية.

(١) يعني: قوله: «ليكون ما يُستفادُ بالتَّصرُّف مُشتَرَكاً».

(٢) صورةُ الاستئجار فهو أن يَستأجِرَ أحدُ المُتفاوِضَين أجيراً في تَجارَتِهما، أو دابَّةً، أو شيئاً من الأشياءِ، لِلمُؤجِرِ أن يأخذَ أيَّهما شاءَ؛ لأنَّ الإجارةَ من عقودِ التِّجارةِ، وكلُّ واحدٍ منهما كفيلٌ عن صاحبِهِ بما يَلزَمُهُ بالتِّجارةِ. =

ولو كَفِلَ أحَدُهما بِمالٍ عَنْ أجنَبِيٍّ لَزِمَ صاحِبُهُ عندَ أبي حنيفة، وقالا: لا يَلْزَمُهُ.

والنِّكاحُ والخُلْع والصُّلْحُ عن دمِ العَمدِ وعن النَّفقة.

قال: (ولو كَفِلَ أحَدُهما بِمالٍ عَنْ أجنَبِيٍّ لَزِمَ صاحِبُهُ عندَ أبي حنيفة، وقالا: لا يَلْزَمُهُ)؛ لأنَّه تبرُّعٌ، ولهذا لا يصحُّ من الصَّبيِّ والعبدِ المأذونِ والمُكاتَبِ، ولو صَدَرَ[1] من المريضِ يصحُّ من الثُّلُث، وصار[2] كالإقراضِ والكفالةِ بالنَّفس.

ولأبي حنيفة: أنَّه تَبرُّعٌ ابتداءً، ومُعاوَضةٌ بقاءً؛ لأنَّه يَستوجِب الضَّمانَ بما يُؤدِّي عنِ المكفولِ عنه إذا كانت الكفالةُ بأمرِهِ، فبالنَّظرِ إلى البقاءِ تَتضمَّنُه المُفاوَضَة، وبالنَّظَر إلى الابتداءِ لم تصحَّ مِمَّن ذَكَرَه[3]، وتصحُّ من الثُّلثِ من المريضِ، بخلاف الكفالةِ بالنَّفسِ لأنَّها تبرُّعٌ ابتداءً وانتهاءً.

وأمَّا الإقراضُ فعن أبي حنيفة أنَّه يلزَمُ صاحِبَهُ، ولو سُلِّمَ[4] فهو إعارةٌ فيكون لِمثلِها حكمُ عَينِها لا حُكمَ البَدَل، حتَّى لا يَصحُّ فيه الأجلُ، فلا يتحقَّق مُعاوَضةً.

= وكذلك إنِ استأجَرَه لحاجةِ نفسِهِ، أو استأجَرَ إبلاً إلى مكَّةَ يَحجُّ عليها، فَلِلمُكاري أن يأخذَ أيَّهما شاءَ، إلَّا أنَّ شريكَهُ إذا أدَّى من خالِصِ مالِهِ رجَعَ به عليه؛ لأنَّه أدَّى ما كَفَل عنه بأمرِهِ، وإن أدَّى من مالِ الشَّرِكةِ يرجعُ عليه بِنَصيبٍ من المؤدَّى، وأمَّا في شرِكةِ العَنانِ فلا يُؤاخَذُ به غيرُ الذي استأجَرَه؛ لأنَّه هو المُلتزِمُ بالعقدِ وصاحبُهُ ليس بكفيلٍ عنه. عناية.

(١) يعني: عقد الكفالة.

(٢) أي: عقدُ الكفالة.

(٣) يريد به الصَّبي والعبد المأذون والمكاتب.

(٤) أي: ولئن سَلَّمنا أنَّ إقراضَ أحدِ المُتفاوِضَينِ لا يلزَمُ صاحِبَه، فإنَّما لا يَلزَمُ لأنَّ الإقراضَ إعارةٌ لا مُعاوَضةٌ بدليل جوازه، إذ لو كان مُعاوَضةً لكان فيه بيعُ النَّقدِ بالنَّسيئة في الأموال الرِّبويَّة، فَعُلِم بهذا أنَّ لما يأخذُهُ المُقرِضُ بعدَ الإقراض حُكمَ عينِ ما أقرضَهَ، لا حكمَ بَدَلِهِ كما في الإعارة الحقيقيَّة. عناية.

وإنْ وَرِثَ أَحَدُهما مالاً يَصِحُّ فيه الشَّرِكَةُ، أو وُهِبَ لَهُ وَوَصَلَ إلى يَدِهِ، بَطَلَتِ المُفاوَضَةُ وصارَتْ عَناناً. وإنْ وَرِثَ أَحَدُهُما عَرَضاً فَهُو لَهُ ولا تَفْسُدُ المُفاوَضَةُ.

ولو[1] كانت الكفالةُ بِغَيرِ أمرِهِ لم تَلزَمْ صاحِبَه في الصَّحيح؛ لانعدامِ معنى المُفاوَضةِ. ومُطلَقُ الجوابِ في الكتاب[2] محمولٌ على المُقيَّد.

وضمانُ الغَصبِ والاستهلاكِ بمنزلةِ الكفالةِ عند أبي حنيفة؛ لأنَّه مُعاوَضةٌ انتهاءً.

قال: (وإنْ وَرِثَ أَحَدُهما مالاً يَصِحُّ فيه الشَّرِكَةُ[3]، أو وُهِبَ لَهُ وَوَصَلَ إلى يَدِهِ، بَطَلَتِ المُفاوَضَةُ وصارَتْ عَناناً)؛ لفوات المساواة فيما يَصلُح رأسَ المال؛ إذْ هي شرطٌ فيه ابتداءً وبقاءً، وهذا لأنَّ الآخَرَ لا يُشارِكُه فيما أصابه؛ لانعدامِ السَّببِ في حقِّه، إلَّا أنَّها تَنقلِب عَناناً للإمكان، فإنَّ المُساواةَ ليست بِشَرطٍ فيه، ولِدَوامِهِ حُكمُ الابتداءِ لِكَونه غيرَ لازِمٍ.

(وإنْ وَرِثَ أَحَدُهُما عَرَضاً فَهُو لَهُ ولا تَفْسُدُ المُفاوَضَةُ)، وكذا العَقارُ؛ لأنَّه لا تصحُّ فيه الشَّركةُ، فلا تُشترطُ المُساواةُ فيه.

---

(١) متَّصلٌ بقوله: «إذا كانت الكفالةُ بأمره».

(٢) أراد بالكتاب الجامع الصغير، حيث أطلق فيه الإمامُ محمدٌ الكفالةَ عن قيد «أمر المكفول عنه». فإجاب عن ذلك بأنَّه محمول على المقيَّد.

(٣) المالُ الذي تَصحُّ فيه الشَّركةُ كالدَّراهم والدَّنانير والفلوس النَّافقة.

فصل

ولا تَنعَقِدُ الشَّرِكةُ إلَّا بِالدَّراهِمِ والدَّنانيرِ والفُلُوسِ النَّافِقَةِ، ....

(فصل)

في بيان ما تنعقد به شركة المفاوضة من المال

(ولا تَنعَقِدُ الشَّرِكةُ إلَّا بِالدَّراهِمِ والدَّنانيرِ والفُلُوسِ النَّافِقَةِ)، وقال مالكٌ: تجوزُ بالعُرُوض والمَكيلِ والمَوْزُون أيضاً إذا كان الجنسُ واحداً؛ لأنَّها عُقِدَت على رأس مالٍ مَعلُومٍ فأشبَهَ النُّقُودَ، بخلاف المُضارَبَةِ[١]؛ لأنَّ القياس يأباها لِما فيها من رِبحِ ما لم يُضمَن[٢]، فيُقتَصر على مَورِدِ الشَّرع.

ولنا: أنَّه[٣] يُؤدِّي إلى ربحِ ما لم يُضمَن؛ لأنَّه إذا باعَ كلُّ واحدٍ منهما رأسَ مالِهِ وتَفاضَلَ الثَّمنانِ، فما يَستحِقُّه أحَدُهما من الزِّيادةِ في مال صاحِبه رِبحُ ما لم يَملِك وما لم يَضْمَن، بخلافِ الدَّراهم والدَّنانيرِ؛ لأنَّ ثمنَ ما يَشترِيه في ذِمَّتِه؛ إذْ هي لا تَتعيَّنُ، فكانَ رِبحَ ما يَضمَنُ، ولأنَّ أوَّلَ التَّصرُّفِ في العُروضِ البيعُ وفي النُّقودِ الشِّراءُ، وبيعُ أحَدِهما مالَهُ على أن يكونَ الآخَرُ شَريكاً في ثَمنِهِ لا يَجوزُ، وشراءُ أحَدِهما شيئاً بمالِهِ على أن يكونَ المَبيعُ بينه وبين غيرِهِ جائزٌ.

وأمَّا الفُلُوسُ النَّافِقةُ فلأنَّها تَرُوجُ رواجَ الأثمانِ، فالتَحقَتْ بها. قالوا: هذا قولُ محمد؛ لأنَّها مُلحَقَةٌ بالنَّقودِ عنده، حتَّى لا تتعيَّنُ بالتَّعيين، ولا يَجوزُ بيعُ اثنينِ بواحدٍ

---

(١) فهي مُختصَّةٌ بالدَّراهم والدَّنانير؛ لأنَّ القياسَ يأبى جوازَها لِما فيها من رِبحِ ما لم يُضمَن، فإنَّ المالَ غيرُ مَضمُونٍ على المُضارِب، فكأنَّ ما حصل من الرِّبح مالٌ غيرُ مضمون، فلا يستحقُّه ربُّ المال؛ لأنَّه لم يعمل في ذلك الرِّبح، فلا تَصحُّ إلا فيما ورد الشَّرعُ به، وهو الدَّراهم والدَّنانير.
وأمَّا في الشَّركة فإنَّ كلَّ واحدٍ من الشَّريكين يعمل في ذلك المال، فيستوي فيه العُروضُ والنُّقودُ كما لو عَمِل كلُّ واحد منهما في مال نفسه من غير شركةٍ، فتصحُّ.

(٢) فإنَّ المالَ غيرُ مضمونٍ على المُضاربِ ويَستَحِقُّ رِبحَه. فتح.

(٣) أي: رأسُ مالِ الشَّركةِ في العُروضِ والمَكيل والمَوزون فتح.

ولا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ بِما سِوَى ذلكَ، إلَّا أنْ يَتعامَلَ النَّاسُ بِالتِّبْرِ، وفي الجامع الصَّغير: ولا تَكُونُ المُفاوَضَةُ بِمَثاقيلِ ذَهبٍ أو فِضَّةٍ. ....

بأعيانها على ما عُرِف.

أمَّا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: لا تَجوزُ الشَّركةُ والمضاربة بها؛ لأنَّ ثَمَنيَّتَها تتبدَّلُ ساعةً فساعة، وتصيرُ سِلعةً.

وروي عن أبي يوسف مِثلُ قولِ محمد، والأوَّلُ أقيَسُ وأظهرُ، وعن أبي حنيفة صحَّةُ المضاربةِ بها.

قال: (ولا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ بِما سِوَى ذلكَ إلَّا أنْ يَتعامَلَ النَّاسُ بِالتِّبْرِ) والنُّقْرَةِ فتصحُّ الشَّركةُ بهما، هكذا ذكر في الكتاب.

(وفي الجامع الصَّغير: ولا تَكُونُ المُفاوَضَةُ بِمَثاقيلِ ذَهبٍ أو فِضَّةٍ)، ومرادُهُ التِّبرُ، فعلى هذه الرِّواية التِّبرُ سِلعةٌ تتعيَّنُ بالتَّعيين، فلا تصلُحُ رأسَ المالِ في المضاربات والشَّركات[1].

وذكر في كتاب الصَّرف[2]: أنَّ النُّقرةَ لا تتعيَّنُ بالتَّعيين، حتَّى لا يَنفسِخُ العقدُ بها بِهَلاكه قبلَ التَّسليم، فعلى تلك الرِّواية تصلُحُ رأسَ المال فيهما، وهذا[3] لِما عُرِف أنَّهما خُلِقا ثَمَنينِ في الأصل، إلَّا أنَّ الأوَّل أصحُّ؛ لأنَّها وإن خُلِقَت للتِّجارة في الأصل، لكن الثَّمنيَّةُ تختصُّ بالضَّرب المَخصوص؛ لأنَّ عند ذلك لا تُصرَف إلى شيءٍ آخَرَ ظاهراً، إلَّا[4] أن يَجرِيَ التَّعاملُ باستعمالهما ثَمَناً، فيُنَزَّلَ التَّعاملُ منزلةَ الضَّرب، فيكون ثمناً ويصلُحُ رأسَ المال.

---

(١) لأنَّه يؤدِّي إلى ربح ما لم يُضمن.

(٢) أي: في الجامع الصغير.

(٣) إشارة إلى قوله: «أنَّ النُّقرة لا تتعين بالتعيين».

(٤) استثناء من قوله: «إلا أنَّ الأوَّل أصح».

ثمَّ قوله[١]: «ولا تَجوزُ بما سوى ذلك» يتناولُ المَكيلَ والمَوزُونَ والعَددِيَّ المُتقارِبَ، ولا خلافَ فيه بيننا قبلَ الخَلْطِ، ولكلِّ واحدٍ منهما رِبحُ مَتاعِهِ وعليه وَضِيعَتُهُ، وإنْ خَلَطا ثمَّ اشتَرَكا فكذلك في قول أبي يوسف، والشَّركةُ شركةُ مِلْك لا شَرِكةَ عَقدٍ، وعند محمد تصحُّ شركةُ العقدِ.

وثمرةُ الاختلافِ تظهَرُ عندَ التَّساوي في المالَينِ واشتراطِ التَّفاضُلِ في الرِّبح[٢].

فظاهرُ الرِّواية ما قالَهُ أبو يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأنَّه[٣] يتعيَّنُ بالتَّعيين بعدَ الخَلْط كما تَعيَّنَ قبلَهُ.

ولمحمَّد: أنَّها ثمنٌ من وجهٍ حتَّى جاز البيعُ بها دَيْناً في الذِّمَّةِ، ومَبيعٌ من حيثُ إنَّهُ يتعيَّنُ بالتَّعيين، فعَمِلنا بالشَّبهين بالإضافة إلى الحالين[٤]، بخلاف العُرُوض؛ لأنَّها ليست ثمناً بحال.

ولو اختَلَفا جِنْساً كالحِنطَةِ والشَّعيرِ، والزَّيتِ والسَّمْن، فَخَلَطا، لا تَنعقِدُ الشَّركةُ بها بالاتِّفاق.

والفرقُ لمحمَّد: أنَّ المخلوطَ من جنسٍ واحدٍ من ذوات الأمثال، ومن جنسين من ذواتِ القِيَم، فتتمكَّنُ الجَهالةُ كما في العُروضِ، وإذا لم تَصحَّ الشَّركةُ فَحُكمُ الخَلطِ قد بيَّنَّاه في كتاب القضاء[٥].

قال[٦]: ....

---

(١) أي: القدوري في مختصره.

(٢) فعند أبي يوسف: لا يستحقُّ زيادةَ الرِّبحِ، بل لكلِّ واحدٍ منهما من الرِّبح بِقَدْر مِلْكِه، وعندَ محمَّد رَحِمَهُ اللَّهُ: الرِّبحُ بينهما على ما شَرَطا.

(٣) أي: المذكورُ من المَكيل والموزون والعدديِّ المُتقارِب.

(٤) المراد بالشبهين: شبه العروض وشبه الثَّمن. والمراد بالحالين: حالة الخلط وحالة عدم الخلط.

(٥) أي: قضاء الجامع الصغير، وأما في هذا الكتاب فقد بيَّنه في كتاب الوديعة.

(٦) لمَّا كان جوازُ عقدِ الشَّركةِ مُنحصراً في الدَّراهمِ والدَّنانيرِ والفُلُوسِ النَّافقةِ، وفي ذلك تضييقٌ على النَّاس، ذَكَرَ الحِيلةَ في تَجويزِ العقدِ بالعُرُوض توسعةً على النَّاس فقال: «وإذا ...».

وإذا أرادَ الشَّرِكَةَ بِالعُرُوضِ باعَ كُلُّ واحدٍ منهما نِصْفَ مالِهِ بِنِصْفِ مالِ الآخَرِ، ثُمَّ عَقَدَا الشَّرِكَةَ، وهذه شَرِكَةُ مِلْكٍ. وأمَّا شَرِكَةُ العَنانِ فَتَنْعَقِدُ على الوَكالَةِ دُونَ الكَفالَةِ، وهي: أنْ يَشتَرِكَ اثنانِ في نَوعِ بُرٍّ أو طَعامٍ، أو يَشْتَرِكانِ في عُمُومِ التِّجاراتِ ولا يَذْكُرانِ الكَفالَةَ. ويَصِحُّ التَّفاضُلُ في المالِ، ....

(وإذا أرادَ الشَّرِكَةَ بِالعُرُوضِ باعَ كُلُّ واحدٍ منهما نِصْفَ مالِهِ بِنِصْفِ مالِ الآخَرِ، ثُمَّ عَقَدَا الشَّرِكَةَ)، قال رضي الله عنه: (وهذه شَرِكَةُ مِلْكٍ)؛ لِما بيَّنَّا أنَّ العُروضَ لا تَصلُحُ رأسَ مالِ الشَّركةِ، وتأويلُهُ إذا كان قيمةُ مَتاعِهِما على السَّواءِ، ولو كان بينهما تفاوتٌ يَبِيعُ صاحِبُ الأقَلِّ بِقَدْرِ ما تَثبُتُ به الشَّرِكةُ[1].

ثانيا: شركة العنان[2]

قال: (وأمَّا شَرِكَةُ العَنانِ فَتَنْعَقِدُ على الوَكالَةِ دُونَ الكَفالةِ، وهي: أنْ يَشتَرِكَ اثنانِ في نَوعِ بُرٍّ أو طَعامٍ، أو يَشْتَرِكانِ في عُمُومِ التِّجاراتِ ولا يَذْكُرانِ الكَفالَةَ).

وانعقادُهُ على الوَكالة لِتحقُّقِ مَقصودِهِ كما بيَّنَّاه[3]، ولا تَنعقِدُ على الكفالةِ؛ لأنَّ اللَّفظَ مُشتقٌّ من الأعراض، يقال: «عَنَّ له» أي: عَرَضَ، وهذا لا يُنبِئُ عن الكفالةِ، وحُكمُ التَّصرُّفِ لا يَثبُتُ بخلافِ مُقتَضى اللَّفظِ.

(ويَصِحُّ التَّفاضُلُ في المالِ) للحاجة إليه، وليس من قضيَّةِ اللَّفظِ المساواةُ.

---

(١) نظيرُهُ ما إذا كان قيمةُ عُروضِ أحدِهِما أربعمائة درهم مثلاً، وقيمةُ عُروضِ الآخَرِ مائةُ درهم، يبيعُ صاحبِ الأقلِّ أربعةَ أخماسِ عَرَضِه بِخُمْس عَرَض الآخر، فيصيرُ المَتاعُ كلُّه أخماساً، ويكون الرِّبحُ بينهما على قدر رأس ماليهما.

(٢) العَنان مأخوذٌ من عَنَّ إذا عَرَض، سُمِّي به لأنَّه شيءٌ عَرَضَ في هذا القدرِ، لا على عُمومِ الوَكالةِ والكفالة. وقيل: إنَّه مأخوذٌ من عَنان الفرس؛ لأنَّ الفارس يُمسِكُ العَنان بإحدى يديه ويتصرَّفُ بالأخرى، فكذلك الشَّريكُ هنا شارك في بعض مالِهِ وانفرَدَ بالباقي. عناية.

(٣) إشارة إلى قوله من قبل: «وشرطُهُ أن يكون التَّصرُّف المعقودُ عليه عقدُ الشَّركة قابلاً للوكالة؛ ليكون ما يُستفادُ بالتَّصرُّف مُشتَرَكاً بينهما، فيتحقَّقُ حكمُهُ المطلوب منه. انظر ص (٦٨٠).

ويَصِحُّ أنْ يَتَساوَيا في المالِ وَيَتَفاضَلا في الرِّبحِ، ....

(ويَصِحُّ أنْ يَتساوَيا في المالِ وَيَتَفاضَلا في الرِّبحِ)، وقال زفر والشَّافعيُّ[١]: لا تَجوزُ لأنَّ التَّفاضلَ فيه يُؤدِّي إلى رِبحِ ما لم يُضمَنْ، فإنَّ المالَ إذا كان نِصفَينِ والرِّبحُ أثلاثاً، فصاحبُ الزِّيادةِ يَستحِقُّها بلا ضمانٍ، إذِ الضَّمانُ بِقَدْرِ رأسِ المالِ، ولأنَّ الشَّركةَ عندهما في الرِّبحِ للشَّركةِ في الأصل، ولهذا يَشترِطانِ الخَلْطَ، فصار رِبحُ المالِ بمنزلةِ نَماءِ الأعيانِ، فَيُستحَقُّ بِقَدر المِلْك في الأصل.

ولنا: قوله ﷺ: «الرِّبحُ على ما شَرَطا، والوَضيعةُ على قَدْرِ المالين[٢]»، ولم يُفصِّل، ولأنَّ الرِّبحَ كما يُستحَقُّ بالمال يُستحَقُّ بالعملِ كما في المُضارَبةِ؛ وقد يكون أحدُهما أحذَقَ وأهدى وأكثَرَ عَمَلاً وأقوى، فلا يرضى بالمساواةِ، فمَسَّتِ الحاجةُ إلى التَّفاضُلِ.

---

(١) قال الماوردي في الحاوي (٦/ ٤٧٣) الكتب العلمية: اعلم أنَّ ما كان بين الشَّريكين عن عَقدٍ واختيار على ستَّة أقسام: أحدها: شركةُ العنان، والثاني: شركةُ العُروض، والثالث: شركةُ المُفاوضة، والرابع: شركة المفاضلة، والخامس: شركة الجاه، والسادس: شركة الأبدان.
ثمَّ قال في (٦/ ٤٧٦): وأما القسم الرَّابع، وهو شركةُ المفاضَلةِ معناها وحكمُها، وهو: أن يتفاضلا في المالِ ويتساويا في الرِّبح، أو يتساويا في المال ويتفاضلا في الرِّبح، فهذه شركةٌ باطلة، وهي على ثلاثة أضرب:
أحدها: أن يتساويا في المالين ويتفاضَلا في الرِّبحين، مثاله: أن يكونَ المالُ بينهما نصفين والرِّبحُ بينهما أثلاثا، فهذه شركة باطلة.
والضَّرب الثاني: أن يتفاضلا في المالين ويتساويا في الرِّبحين، مثاله: أن يكون المال بينهما أثلاثاً والرِّبحُ بينهما نصفين، فهذه شركة باطلة.
والضَّرب الثالث: أن يتفاضلا في المالين ويتفاضلا بحسبه في الرِّبحين، مثاله: أن يكون المالُ بينهما أثلاثاً، لأحدهما ثلثان وللآخر ثلثُه، ويكونَ الرِّبحُ بينهما أثلاثاً لصاحب الثُّلثين ثلثاه، ولصاحب الثلث ثلثُهُ، فمذهب الشَّافعيِّ جوازُ هذه الشَّركة؛ لأنَّ الرِّبح فيها مُقسَّطٌ على قدر المالين، ومن أصحابنا من ذهب إلى بطلانها حتَّى يتساوى الشَّريكان في رأس المال. اهـ.

(٢) قال الزيلعي (٣/ ٤٧٥): غريب جداً، ويوجد في بعض كتب الأصحاب من قولِ عليٍّ.

وَيَجُوزُ أَنْ يَعقِدَها كلُّ واحدٍ منهما بِبَعضِ مالِهِ دُونَ البَعْضِ، ولا يَصِحُّ إلَّا بما بيَّنَّا. وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِكا، وَمِنْ جِهَةِ أَحَدِهِما دَنانيرُ وَمِنَ الآخَرِ دَراهِمُ، وكذا مِنْ أَحَدِهِما دَراهِمُ بِيْضٌ وَمِنَ الآخَرِ سُودٌ. ....

بخلاف اشتراطِ جميعِ الرِّبحِ لأحدهما[١]؛ لأنَّه يَخرُجُ العقدُ به من الشَّركةِ ومِنَ المُضاربةِ أيضاً إلى قَرضٍ باشتراطِهِ للعامِلِ، أو إلى بِضاعةٍ باشتراطِهِ لربِّ المالِ، وهذا العقدُ يُشبِهُ المُضارَبةَ من حيثُ إنَّه يَعمَلُ في مالِ الشَّريكِ، ويُشبه الشَّركةَ اسماً وعملاً[٢]، فإنَّهما يَعمَلانِ، فَعَمِلْنا بِشَبَه المُضارَبَةِ وقلنا: يَصحُّ اشتراطُ الرِّبحِ من غيرِ ضمانٍ، وبِشَبَهِ الشَّرِكةِ حتَّى لا تَبطُلُ باشتراطِ العملِ عليهما[٣].

قال: (وَيَجُوزُ أَنْ يَعقِدَها كلُّ واحدٍ منهما بِبَعضِ مالِهِ دُونَ البَعْضِ)؛ لأنَّ المساواةَ في المالِ ليست بِشَرطٍ فيه، إذِ اللَّفظُ لا يَقتضيه، (ولا يَصِحُّ إلَّا بما بيَّنَّا) أنَّ المُفاوضةَ تصحُّ به للوجهِ الذي ذكرناه[٤].

(وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِكا، وَمِنْ جِهَةِ أَحَدِهِما دَنانيرُ وَمِنَ الآخَرِ دَراهِمُ، وكذا مِنْ أَحَدِهِما دَراهِمُ بِيْضٌ وَمِنَ الآخَرِ سُودٌ)، وقال زفر والشَّافعيُّ[٥]: لا يجوز، وهذا

---

(١) جوابٌ عمَّا يُقال: إذا شُرِط جميعُ الرِّبح لأحدهما لا يجوز، فكذا إذا شُرطَ الفَضلُ، والجامعُ العُدُولُ بالرِّبح عن التَّقسيطِ على قَدرِ المال.

(٢) أي: عقدُ شركةِ العَنان يُشبِه شركةَ المُفاوَضة اسماً؛ لأنَّ كلَّ واحد من شركة المفاوضة والعنان يسمَّى شركة، ويُشبِهُها عملاً؛ لأنَّ شريك العَنان يعمل في نصيب شريكه كالمفاوضة.

(٣) تنبيه: كونُ المُضارَبةِ تَفسُدُ باشتراط العمل على ربِّ المال، لا يُبطِل اعتبارَ شَبَهِها الآخرِ الذي باعتباره أجزنا الزِّيادةَ في الرِّبح لأحدهما.

(٤) يعني: ما ذكره في أوَّل هذا الفصل، من أنَّه يؤدِّي إلى رِبْح ما لم يُضمَن. عناية.

(٥) قال النووي في الروضة (٣/ ٥٠٧) الكتب العلمية: إذا أخرج كلُّ واحدٍ قدراً من المال الذي تجوز الشَّركةُ فيه، وأرادَا الشَّركة، اشترط خلطُ المالين خلطاً لا يمكنُ معه التَّمييز، فإن لم يفعلا، فَتَلِف مالُ أحدهما قبلَ التَّصرُّف، تَلِفَ على صاحبه فقط، وتعذَّر إثباتُ الشَّركة في الباقي، فلا تصحُّ الشَّركةُ إن اختلف الجنسُ كالدَّراهم والدَّنانير، أو الصِّفةُ كاختلافِ السُّكةِ، وكالصِّحاح =

وما اشْتَراهُ كُلُّ واحدٍ مِنْهما لِلشَّرِكَةِ طُوْلِبَ بِثَمَنِهِ دُوْنَ الآخَرِ، ثُمَّ يَرجِعُ على شَرِيكِهِ بِحِصَّتِهِ مِنْهُ، وإذا هَلَكَ مالُ الشَّرِكَةِ أو أحَدُ المالَيْنِ قَبْلَ أنْ يَشْتَرِيا شَيْئاً، بَطَلَتِ الشَّرِكَةُ. ....

بناءً على اشتراط الخَلْط وعَدَمِه، فإنَّه عندهما شرطٌ، ولا يتحقَّقُ ذلك في مُختَلفِي الجِنْس، وسنُبيِّنُه من بعدُ إن شاء الله تعالى.

قال: (وما اشْتَراهُ كُلُّ واحدٍ مِنْهما لِلشَّرِكَةِ طُوْلِبَ بِثَمَنِهِ دُوْنَ الآخَرِ)؛ لِما بيَّنَّا أنَّه يتضمَّنُ الوكالةَ دونَ الكفالةِ، والوكيلُ هو الأصلُ في الحقوق، قال: (ثُمَّ يَرجِعُ على شَرِيكِهِ بِحِصَّتِهِ مِنْهُ)، معناه: إذا أدَّى من مال نفسه؛ لأنَّه وكيلٌ من جهته في حِصَّته، فإذا نَقَدَ من مال نفسِهِ رَجَع عليه، فإنْ كان لا يُعرَف ذلك إلَّا بِقَوله فعليه الحُجَّةُ؛ لأنَّه يدَّعي وُجوبَ المال في ذمَّةِ الآخَرِ، وهو يُنكِر، والقولُ لِلمُنْكِر مع يَمِينه.

هلاك مال الشركة قبل الخلط

قال: (وإذا هَلَكَ مالُ الشَّرِكَةِ أو أحَدُ المالَيْنِ قَبْلَ أنْ يَشْتَرِيا شَيْئاً، بَطَلَتِ الشَّرِكَةُ)؛ لأنَّ المعقودَ عليه في عَقدِ الشَّركةِ المالُ، فإنَّه يَتعيَّنُ فيه كما في الهِبَة والوَصيَّةِ، وبهلاكِ المَعقودِ عليه يَبطُلُ العَقدُ كما في البيع، بخلاف المُضارَبةِ والوَكالَةِ المُفردَةِ[1]؛ لأنَّه لا يَتعيَّن الثَّمنان فيهما بالتَّعيين، وإنَّما يَتعيَّنانِ بالقَبْض على ما عُرِف.

وهذا ظاهرٌ فيما إذا هَلَكَ المالان، وكذا إذا هَلَكَ أحَدُهما؛ لأنَّه ما رَضِي بِشَركةِ صاحبِهِ في مالِهِ إلَّا لِيُشرِكَه في مالِهِ، فإذا فاتَ ذلك لم يكن راضياً بِشَركتِهِ فَيبطُلُ العقدُ لِعَدَم فائدتِهِ.

= والمُكسَّرة أو المُثقوبةِ، وكالعتيقة والجديدة، والبيضاءِ والسَّوداء، وفي البيضِ والسُّودِ، وجهٌ عن الاصطخري. اهـ.

(١) قيَّدَ الوكالةَ بـ«المُفرَدَة» احترازاً عن الوكالة الثَّابتة في ضِمْن عقدِ الشَّركةِ وفي ضِمْن عَقدِ الرَّهنِ، فإنَّها فيهما تَبطُل بِبُطلانِ ما تَضمَنَّها من الشَّركة والرَّهن. عناية.

وإنِ اشْتَرَى أحَدُهما بِمالِهِ وَهَلَكَ مالُ الآخَرِ قَبْلَ الشِّراءِ، فالمُشْتَرَى بَيْنَهما على ما شَرَطا، وَيَرجِعُ على شَرِيكِهِ بِحِصَّةٍ مِنْ ثَمَنِهِ. ....

وأيُّهما هَلَك هَلَك من مال صاحبِهِ، إنْ هَلَك في يده فظاهرٌ، وكذا إذا كان هَلَك في يدِ الآخَرِ؛ لأنَّه أمانةٌ في يدِهِ، بخلافِ ما بعدَ الخَلْطِ حيث يَهلِكُ على الشَّركةِ؛ لأنَّه لا يَتميَّزُ فيُجعَل الهالكُ من المالَيْن.

(وإنِ اشْتَرَى أحَدُهما بِمالِهِ وَهَلَكَ مالُ الآخَرِ قَبْلَ الشِّراءِ، فالمُشْتَرَى بَيْنَهما على ما شَرَطا)؛ لأنَّ المِلْك حينَ وَقَعَ وَقَعَ مُشتَرَكاً بينهما؛ لِقيام الشَّركةِ وقتَ الشِّراء، فلا يَتغيَّر الحُكْمُ بِهَلاكِ مالِ الآخَرِ بعدَ ذلك، ثمَّ الشَّركةُ شركةُ عقدٍ عند محمَّد خلافاً للحسن بن زياد، حتَّى إنَّ أيَّهما باعَ جازَ بَيْعُه[1]؛ لأنَّ الشَّركةَ قد تَمَّت في المُشتَرَى فلا يَنتقِضُ بِهَلاكِ المال بعد تَمامِها.

قال: (وَيَرجِعُ على شَرِيكِهِ بِحِصَّةٍ مِنْ ثَمَنِهِ)؛ لأنَّه اشترى نِصفَهُ بِوَكالتِهِ ونقَدَ الثَّمنَ من مالِ نفسِهِ، وقد بيَّنَّاه[2].

هذا إذا اشترى أحَدُهما بأحَدِ المالَيْن أوَّلاً، ثمَّ هَلَك مالُ الآخَر. أمَّا إذا هَلَكَ مالُ أحَدِهما ثمَّ اشترى الآخَرُ بِمالِ الآخَرِ:

- إنْ صَرَّحا بالوكالةِ في عَقدِ الشَّركةِ، فالمُشتَرَى مُشتَرَكٌ بينهما على ما شَرَطا؛ لأنَّ الشَّركةَ إنْ بَطَلَت فالوكالةُ المُصرَّحُ بها قائمةٌ، فكان مُشتَرَكاً بِحُكمِ الوكالةِ، ويكونُ شركةَ مِلْكٍ، ويَرجِعُ على شَرِيكِهِ بِحِصَّتِه من الثَّمن لِما بيَّنَّاه[3].

- وإنْ ذَكَرا مُجرَّدَ الشَّركةِ، ولم يَنُصَّا على الوكالة فيها، كان المُشتَرَى لِلَّذي اشتراه خاصَّةً؛ لأنَّ الوقوعَ على الشَّركةِ حُكمُ الوكالةِ التي تَضمَّنتها الشَّركةُ، فإذا بَطَلَت يَبطُل ما في ضِمْنها، بخلاف ما إذا صرَّح بالوكالة لأنَّها مقصودةٌ.

---

(١) أي: عند محمد، وعند الحسن بن زياد: لا يَنفُذُ بيعُ أحَدِهما إلَّا في حصَّته.

(٢) إشارة إلى قوله: «معناه: إذا أدَّى من مال نفسه ...» إلخ ص (٦٩٢).

(٣) إشارة إلى قوله: «لأنَّه وكيلٌ من جهته».

وتَجُوزُ الشَّرِكةُ وإنْ لَمْ يَخلِطا المالَ، ....

قال: (وتَجُوزُ الشَّرِكةُ وإنْ لَمْ يَخلِطا المالَ)، وقال زفر والشَّافعيُّ[١]: لا تجوزُ لأنَّ الرِّبحَ فرعُ المالِ، ولا يقعُ الفرعُ على الشِّركةِ إلَّا بعد الشَّركةِ في الأصلِ، وأنَّه بالخَلْطِ، وهذا[٢]لأنَّ المَحلَّ هو المالُ، ولهذا يُضافُ إليه، ويُشترَطُ تَعيينُ رأسِ المالِ، بخلافِ المُضارَبةِ؛ لأنَّها ليست بشركةٍ، وإنَّما هو يَعمَلُ لربِّ المالِ فَيَستحقُّ الرِّبحَ عَمالةً على عَملِهِ، أمَّا هنا بخلافه، وهذا[٣]أصلٌ كبيرٌ لهما، حتَّى يُعتَبَر[٤]اتِّحادُ الجنس، ويُشتَرَطُ الخَلطُ، ولا يجوزُ التَّفاضُلُ في الرِّبح مع التَّساوي في المال.

ولا تَجوزُ شركةُ التَّقبُّلِ[٥] والأعمالِ؛ لانعدامِ المالِ.

ولنا: أنَّ الشَّركةَ في الرِّبحِ مُستنِدَةٌ إلى العَقدِ دونَ المالِ؛ لأنَّ العقدَ يُسمَّى شركةً، فلا بدَّ من تَحقُّقِ معنى هذا الاسمِ فيه، فلم يكنِ الخَلْطُ شرطاً، ولأنَّ الدَّراهمَ والدَّنانيرَ لا يَتعيَّنانِ، فلا يُستفادُ الرِّبحُ برأسِ المالِ، وإنَّما يُستفادُ بالتَّصرُّفِ؛ لأنَّه في النِّصفِ أصيلٌ وفي النِّصف وكيلٌ.

وإذا تَحقَّقتِ الشَّركةُ في التَّصرُّفِ بدونِ الخَلْطِ تَحقَّقتْ في المُستفادِ به، وهو الرِّبحُ بدونه، وصار كالمُضارَبةِ[٦]، فلا يُشتَرَطُ اتِّحادُ الجنسِ والتَّساوي في الرِّبحِ، وتصحُّ شركةُ التَّقبُّلِ.

---

(١) انظر ص (٦٩١) ت (٥).

(٢) إشارة إلى قوله: «لأنَّ الرِّبح فرعُ المال».

(٣) إشارة إلى قوله: «لأنَّ الرِّبح فرعُ المال».

(٤) أي: بناء على ذلك الأصل، فإنَّه يعتبر ... إلخ.

(٥) أي: بناء على أصلهما. وشركةُ التَّقبُّل هي المسمَّاة أيضا بشركة الصَّنائع.

(٦) يعني: لمَّا ظهر أنَّ الأصلَ هو العقدُ دونَ المال، كان الرِّبح مُستحَقّاً بالعقد دونَ المال، كما في المُضاربة.

ولا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ إذا شُرِطَ لأحَدِهِما دَراهِمُ مُسمَّاةً مِنَ الرِّبحِ. ولِكُلِّ واحدٍ مِنَ المُتَفاوِضَيْنِ وشَرِيكَي العَنانِ، أنْ يُبْضِعَ المالَ ويَدْفَعَهُ مُضارَبَةً ويُوكِّلَ مَنْ يَتَصَرَّفُ فيهِ، ويَدُهُ في المالِ يَدُ أمانَةٍ. ....

قال: (ولا تَجوزُ الشَّركَةُ إذا شُرِطَ لأحدِهِما دَراهِمُ مُسمَّاةً مِنَ الرِّبحِ)؛ لأنَّه شرطٌ يُوجِبُ انقطاعَ الشَّركةِ، فَعَساه لا يَخرجُ إلَّا قَدْرُ المُسمَّى لأحدِهِما، ونظيرُهُ في المزارعة[1].

بيان ما يجوز للشريك شركة مفاوضة أو عنان أن يفعل وأن لا يفعل

قال: (ولِكُلِّ واحدٍ مِنَ المُتَفاوِضَيْنِ وشَرِيكَي العَنانِ، أنْ يُبْضِعَ المالَ)؛ لأنَّه مُعتادٌ في عقدِ الشَّركةِ، ولأنَّ له أن يستأجِرَ على العملِ، والتَّحصيلُ بِغَيرِ عِوَضٍ دونَهُ فَيملِكُه، وكذا له أن يُودِعَه لأنَّه مُعتادٌ ولا يَجِدُ التَّاجرَ منه بُدَّاً.

قال: (ويَدْفَعَهُ مُضارَبَةً)؛ لأنَّها دونَ الشَّركةِ فَتتضَمَّنُها. وعن أبي حنيفة: أنَّه ليس له ذلك؛ لأنَّه نوعُ شركةٍ، والأصحُّ هو الأوَّلُ، وهو روايةُ الأصل؛ لأنَّ الشَّركةَ غيرُ مقصودةٍ، وإنَّما المقصودُ تحصيلُ الرِّبحِ كما إذا استأجَرَهُ بأجرٍ، بل أولى؛ لأنَّه تحصيلٌ بدون ضمانٍ في ذمَّته، بخلاف الشَّركةِ حيثُ لا يَملِكُها لأنَّ الشَّيء لا يَستَتبِعُ مِثلَه.

قال: (ويُوكِّلَ مَنْ يَتَصَرَّفُ فيهِ)؛ لأنَّ التَّوكيلَ بالبيعِ والشِّراءِ من توابعِ التِّجارةِ، والشَّركةُ انعقدتْ للتِّجارةِ، بخلافِ الوكيلِ بالشِّراءِ حيثُ لا يَملِكُ أن يُوكِّلَ غيرَهُ؛ لأنَّه عقدٌ خاصٌّ طُلِبَ منه تَحصيلُ العينِ، فلا يَستتبعُ مِثلَه.

قال: (ويَدُهُ في المالِ يَدُ أمانَةٍ)؛ لأنَّه قبضَ المالَ بإذنِ المالكِ لا على وَجهِ البدلِ والوَثيقةِ، فصار كالوديعة.

---

[1] يعني: أنَّه إذا شُرِط لأحدهما قِفزان مسمَّاة، كانت فاسدة؛ لأنَّ الشَّركةَ تنقطع به، ومِنْ شَرطِ المُزارعةِ أن يكون الخارجُ بينهما شائعاً.

وأمَّا شَرِكَةُ الصَّنائعِ كالخَيَّاطِيْنَ والصَّبَّاغِينَ يَشتَرِكانِ على أنْ يَتَقَبَّلا الأعمالَ ويَكُونَ الكَسْبُ بَيْنَهما، فَيَجُوزُ ذلك. ....

ثالثاً: شركة الصنائع

قال: (وأمَّا شَرِكَةُ الصَّنائعِ) وتُسمَّى شركةَ التَّقبُّل (كالخَيَّاطِيْنَ والصَّبَّاغِينَ يَشتَرِكانِ على أنْ يَتَقَبَّلا الأعمالَ ويَكُونَ الكَسْبُ بَيْنَهما، فَيَجُوزُ ذلك)، وهذا عندنا.

وقال زفر والشَّافعيُّ[١]: لا تَجوزُ؛ لأنَّ هذه شركةٌ لا تُفيدُ مَقصُودَهما[٢]، وهو التَّثميرُ؛ لأنَّه لا بدَّ من رأسِ المالِ، وهذا لأنَّ الشَّركةَ في الرِّبحِ تُبتنى على الشَّركةِ في المالِ على أصلِهما، على ما قرَّرناه[٣].

ولنا: أنَّ المقصودَ منه التَّحصيلُ، وهو مُمكِنٌ بالتَّوكيل، لأنَّه لمَّا كان وكيلاً في النِّصفِ أصيلاً في النِّصفِ تَحقَّقتِ الشَّركةُ في المال المُستفادِ.

ولا يُشتَرطُ فيه[٤] اتِّحادُ العملِ والمكانِ، خِلافاً لمالكٍ[٥] وزفر فيهما؛

---

(١) شركة الصَّنائع هي شركةُ الأبدان عند الشافعية، قال الرافعي في الشرح الكبير (١٠/ ٤١٤) دار الفكر: شركة الأبدان: وهي أن يشتركَ الدَّلالان أو الحَمَّالان أو غيرهما من المُحترِفة على ما يكتسبان ليكونَ بينهما على تساوٍ أو تفاوتٍ، وهي باطلةٌ سواء اتَّفقا في الصَّنعة أو اختلفا، كالخياط والنَّجار؛ لأنَّ كلَّ واحد منهما مميَّزٌ ببدنه ومنافِعِه، فيختصُّ بفوائده. اهـ.

(٢) أي: مقصود الشَّريكين. وفي بعض النُّسخ «لا تُفيد مَقصودَها»، أضاف المقصودَ إلى الشَّركةِ وإن كان المقصودُ للشَّريكين، بأدنى مُلابَسةٍ وهو تَلبُّسُ الشَّريكين بعقد الشَّركة. عناية.

(٣) أي: عند قوله: «وتجوز الشركة وإن لم يخلطا المال». بناية.

(٤) أي: في عقد شركة الصَّنائع.

(٥) قال الشيخ الدردير في الشرح الكبير (٣/ ٣٦١): شركةُ العملُ، وتسمَّى شركةَ الأبدان أيضاً، فقال: (وجازتِ بالعَمَلِ) أي: فيه بِشُروطٍ، أشار لها بقوله: (إنِ اتَّحَدَ) كخياطين، (أو تلازَمَ) بأن توقَّفَ عملُ أحدِهما على عملِ الآخرِ، كأن يَنسُجَ أحَدُهما والآخَرُ يُنير ويَدُور، وكأن يَغُوصَ أحدُهما لطلبِ اللُّؤلؤِ والثَّاني يُمسِكُ عليه ويجذف، (وتساويا فيه) أي: في العمل، بأن يأخُذَ كلُّ واحدٍ =

ولو شَرَطا العَمَلَ نِصْفَينِ والمالَ أثلاثاً جازَ، وما يَتَقَبَّلُهُ كُلُّ واحدٍ منهما مِنَ العَمَلِ يَلْزَمُهُ وَيَلْزَمُ شَرِيكَهُ، وَيَبْرَأُ الدَّافِعُ بالدَّفعِ إليه. ....

لأنَّ المعنى المُجوِّزَ للشَّركة - وهو ما ذكرناه - لا يتفاوت.

(ولو شَرَطا العَمَلَ نِصْفَينِ والمالَ أثلاثاً جازَ)، وفي القياس: لا يجوزُ؛ لأنَّ الضَّمانَ بِقَدْرِ العملِ، فالزِّيادةُ عليه رِبحُ ما لم يَضمَنْ، فلم يَجُزِ العقدُ لِتأدِيَتِه إليه، وصارَ كَشَركةِ الوُجوهِ[1].

ولكنَّا نقول: ما يأخُذُه لا يأخُذُه رِبحاً؛ لأنَّ الرِّبحَ عندَ اتِّحادِ الجنسِ، وقد اختلف؛ لأنَّ رأسَ المالِ عَمَلٌ والرِّبحَ مالٌ، فكان[2] بدَلَ العملِ، والعملُ يَتقوَّمُ بالتَّقويمِ، فَيَتقدَّرُ بِقَدْرِ ما قُوِّم به فلا يَحرُمُ.

بخلاف شركةِ الوُجوهِ؛ لأنَّ جنسَ المالِ مُتَّفِقٌ والرِّبحَ يَتحقَّقُ في الجنس المُتَّفِق، وربحُ ما لم يَضمَنْ لا يجوزُ إلَّا في المضاربة.

قال: (وما يَتَقَبَّلُهُ كُلُّ واحدٍ منهما مِنَ العَمَلِ يَلْزَمُهُ وَيَلْزَمُ شَرِيكَهُ)، حتَّى إنَّ كلَّ واحدٍ منهما يُطالَبُ بالعملِ ويُطالِبُ بالأجر، (وَيَبْرَأُ الدَّافِعُ بالدَّفعِ إليه)، وهذا[3] ظاهرٌ في المُفاوَضةِ وفي غيرِها استحسانٌ. والقياسُ خلافُ ذلك؛ لأنَّ الشَّركةَ وقعت مُطلَقَةً[4] والكفالةُ مُقتَضَى المُفاوَضَة.

= بقَدرِ عملِهِ من الغَلَّة، فإذا كان عملُ أحدِهما الثُّلثين والآخرُ الثُّلث، لم يَجُز إلَّا فَضُّ الرِّبح على قَدرِ العمل، (أو تقاربا) فيه عرفاً، بأن يزيدَ عن صاحبه في العمل شيئاً قليلاً، وقَسَما على النِّصفِ أو يزيد على الثُّلثِ يسيراً، وقَسَما على الثُّلث والثُّلثين، (وحَصَلَ التَّعاونُ) بينهما (وإن بمكانَينِ) كخياطين بِحَانوتين تَجولُ يدُ كلِّ واحدٍ منهما على ما في الآخر. اهـ.

(١) في أنَّ التَّفاوتَ فيها في الرِّبح لا يجوز إذا كان المُشتَرَى بينهما على السَّواء، وأمَّا إذا اشترطا التَّفاوُتَ في مِلْك المُشتَرَى، فيجوزُ التَّفاوُت حينئذٍ في الرِّبح في شركةِ الوُجوهِ أيضاً.

(٢) أي: كلٌّ منهما.

(٣) إشارة إلى لُزُوم العملِ على كلِّ واحدٍ منهما.

(٤) أي: مطلقة عن ذكر الكفالة.

وأمَّا شَرِكَةُ الوُجُوهِ: فَالرَّجُلانِ يَشْتَرِكانِ ولا مالَ لهما، على أنْ يَشْتَرِيا بِوُجُوهِهِما ويَبِيعَا، فَتَصِحَّ الشَّرِكةُ على هذا، ....

وجهُ الاستحسانِ: أنَّ هذه الشَّركةَ مُقتَضِيةٌ لِلضَّمانِ؛ ألا ترى أنَّ ما يتقبَّله كلُّ واحدٍ منهما من العمل مضمونٌ على الآخَرِ، ولهذا يَستحِقُّ الأجرَ بسبب نَفاذِ تَقبُّلِه عليه، فجرى مَجْرى المفاوَضَةِ في ضمانِ العمل واقتضاءِ البدل.

رابعاً: شركة الوجوه

قال: (**وأمَّا شَرِكَةُ الوُجُوهِ: فَالرَّجُلانِ يَشْتَرِكانِ ولا مالَ لهما، على أنْ يَشْتَرِيا بِوُجُوهِهِما**[1] **ويَبِيعَا، فَتَصِحَّ الشَّرِكةُ على هذا**)، سُمِّيتْ به لأنَّه لا يَشتري بالنَّسيئةِ إلَّا مَن كان له وَجاهَةٌ عند النَّاس.

وإنَّما تصحُّ مُفاوَضَةً؛ لأنَّه يُمكِنُ تحقيقُ الكفالةِ والوَكالةِ في الأبدال[2]، وإذا أُطلِقَت تكونُ عَناناً؛ لأنَّ مُطلَقَه يَنصرِفُ إليه.

وهي جائزةٌ عندنا خلافاً للشَّافعيِّ[3]، والوجهُ من الجانبين ما قدَّمناه في شَركةِ التَّقبُّل.

---

(١) أي: بِوَجاهَتِهما وأمانَتِهما عند النَّاس.

(٢) معناه: إنَّما تقع مفاوضةً إذا كان الرَّجلان من أهل الكفالة؛ لأنَّه حينئذٍ يُمكِن تحقيقُ الوكالةِ والكفالةِ في الأبدال - أي: الثَّمَن والمُثْمَن -، فيكون ثمنُ المُشتَرَى على كلِّ واحد منهما نِصفُه، ويكونُ المُشتَرَى بينهما نصفين. ولا بدَّ من التَّلفُّظ بلفظ المُفاوَضَة، أو بما قام مُقامَه كما تقدَّم.

(٣) قال النووي في الروضة (٣/ ٥١٣) الكتب العلمية: شركة الوجوه، وقد فُسِّرت بصور:
أشهرها: أن يشترك وجيهان عند النَّاس ليبتاعا في الذِّمَّة إلى أجلٍ، على أنَّ ما يبتاعُهُ كلُّ واحد يكون بينهما، فيبيعانه ويُؤدِّيان الأثمان، فما فضل فهو بينهما.
الثانية: أن يبتاعَ وجيهٌ في الذِّمَّة، ويُفوِّض بيعَهُ إلى خاملٍ، ويشترطا أن يكون ربحُهُ بينهما. والثالثة: أن يشتري وجيهٌ لا مال له، وخاملٌ ذو مال، ليكون العملُ من الوجيه، والمالُ من الخامل، ويكونُ المالُ في يده لا يُسلِّمُه إلى الوجيه، والرِّبح بينهما، وهي في الصُّور كلِّها باطلة. اهـ.

وكُلُّ واحدٍ منهما وَكيلُ الآخَرِ فِيما يَشْتَرِيهِ، فإنْ شَرَطا أنَّ المُشتَرَى بينهما نِصفانِ والرِّبحَ كذلكَ يَجُوزُ، ولا يَجُوزُ أنْ يَتفاضَلا فيه، وإنْ شَرَطا أنْ يَكونَ المُشتَرَى بَيْنَهما أثلاثاً، فالرِّبحُ كذلكَ.

قال: (وكُلُّ واحدٍ منهما وَكيلُ الآخَرِ فِيما يَشْتَرِيهِ)؛ لأنَّ التَّصرُّفَ على الغيرِ لا يجوزُ إلَّا بوكالةٍ أو بولايةٍ، ولا ولايةَ فتتعيَّنُ الوَكالةُ.

(فإنْ شَرَطا أنَّ المُشتَرَى بينهما نِصفانِ والرِّبحَ كذلكَ يَجُوزُ، ولا يَجُوزُ أنْ يَتفاضَلا فيه[1]. وإنْ شَرَطا أنْ يَكونَ المُشتَرَى بَيْنَهما أثلاثاً، فالرِّبحُ كذلكَ)، وهذا لأنَّ الرِّبحَ لا يُستَحَقُّ إلَّا بالمالِ أو العملِ أو بالضَّمان، فرَبُّ المالِ يَستحِقُّه بالمال، والمُضارِبُ يَستحقُّه بالعمل، والأستاذُ الذي يُلقِي العِلمَ على التِّلميذِ بالنِّصف بالضَّمان، ولا يُستَحَقُّ بما سواها[2]؛ ألا ترى أنَّ مَن قال لِغَيره: «تَصرَّفْ في مالِكَ على أنَّ لي رِبْحَه» لم يَجُزْ لِعَدم هذه المعاني.

واستحقاقُ الرِّبحِ في شَرِكةِ الوُجوهِ بالضَّمان على ما بيَّنَّا[3]، والضَّمانُ على قَدْرِ المِلْك في المُشتَرَى، وكان الرِّبحُ الزَّائدُ عليه رِبحَ ما لم يُضمَنْ، فلا يصحُّ اشتراطُهُ إلَّا في المُضارَبَةِ، والوجوهُ ليست في معناها، بخلاف العَنانِ؛ لأنَّه في معناها من حيثُ إنَّ كلَّ واحدٍ منهما يَعمَلُ في مال صاحبِهِ، فَيُلحَق بها، والله أعلم.

---

(١) وإنْ شُرِط لأحدهما الفَضْلُ بَطَلَ الشَّرطُ، والرِّبحُ بينهما على قَدْرِ ضَمانهما.

(٢) أي: لا يُستَحقُّ الربحُ إلَّا بواحد من الوجوه الثلاثة السابقة، وهي: المال والعمل والضَّمان.

(٣) قيل: هو إشارةٌ إلى ما ذَكَره في شركة التَّقبُّل بقوله: «لأنَّ الضَّمان بِقَدْر العمل، فالزِّيادةُ عليه ربحُ ما لم يَضْمَن».

وقيل: هو إشارةٌ إلى قوله: «بخلاف شركة الوجوه؛ لأنَّ جنس المال متَّفِق ...» إلخ ص (٦٩٧).

فصل في الشركة الفاسدة

ولا تَجوزُ الشَّرِكَةُ في الاحتِطَابِ والاصْطِيادِ، وما اصْطادَهُ كُلُّ واحدٍ منهما أوِ احْتَطَبَهُ، فَهُوَ لَهُ دُونَ صاحِبِهِ. وإذا اشْتَرَكا ولأحَدِهِما بَغْلٌ وَلِلآخَرِ رَاوِيَةٌ يَسْتَقِي عليها الماءَ، فالكَسْبُ بينهما، لم تَصِحَّ الشَّرِكَةُ، والكَسْبُ كُلُّهُ لِلَّذي اسْتَقى، وعليه أجرُ مِثْلِ الرَّاوِيةِ إنْ كان العامِلُ صاحِبَ البَغْلِ، ....

(فصل في الشركة الفاسدة)

(ولا تَجوزُ الشَّرِكَةُ في الاحتِطَابِ والاصْطِيادِ، وما اصْطادَهُ كُلُّ واحدٍ منهما أوِ احْتَطَبَهُ فَهُوَ لَهُ دُونَ صاحِبِهِ)، وعلى هذا الاشتراكُ في أَخذِ كلِّ شيءٍ مُباحٍ؛ لأنَّ الشَّركةَ مُتضمِّنةٌ معنى الوكالة، والتَّوكيلُ في أخذِ المالِ المباحِ باطلٌ؛ لأنَّ أمرَ المُوكِّلِ به غيرُ صحيحٍ، والوكيلُ يَملِكُه بِدُونِ أمرِهِ فلا يَصلُحُ نائباً عنه.

وإنَّما يَثبُتُ المِلكُ لهما بالأخذِ وإحرازِ المُباحِ، فإنْ أخذاه معاً فهو بينهما نصفان؛ لاستوائِهما في سببِ الاستحقاقِ، وإنْ أَخَذَه أحدُهما ولم يعملِ الآخَرُ شيئاً فهو للعامِلِ، وإنْ عَمِلَ أحَدُهما وأعانَهُ الآخَرُ في عملِهِ بأنْ قَلَعَه أحدُهُما وجَمَعَه الآخرُ، أو قلَعَه وجَمَعَه وحَمَلَه الآخرُ، فَلِلمُعينِ أجرُ المِثْل بالغاً ما بلَغَ عند محمد، وعند أبي يوسف: لا يُجاوِز به نصفَ ثَمنِ ذلك، وقد عُرِف في موضعه[1].

قال: (وإذا اشْتَرَكا ولأحَدِهِما بَغْلٌ وَلِلآخَرِ رَاوِيَةٌ[2] يَسْتَقِي عليها الماءَ، فالكَسْبُ بينهما، لم تَصِحَّ الشَّرِكَةُ، والكَسْبُ كُلُّهُ لِلَّذي اسْتَقى، وعليه أجرُ مِثْلِ الرَّاويةِ إنْ كان العامِلُ صاحِبَ البَغْلِ، ....

---

(١) أي: في كتاب الشركة من المبسوط.

(٢) الرَّاويةُ في الأصل بَعيرُ السِّقاء، سُمِّي به لأنَّه يَروي الماء، أي: يحمله، ثمَّ كَثُر حتَّى استُعمِل في المَزادة، وهي المرادة هنا. قال أبو عبيدة: المَزادَةُ لا تكونُ إلَّا من جِلْدَين يُقام بجلد ثالث بينهما؛ لِيتَّسِع. عناية.

وإنْ كانَ صاحِبَ الرَّاوِيَةِ فَعَلَيهِ أَجْرُ مِثْلِ البَغْلِ. وكُلُّ شَرِكَةٍ فاسِدَةٍ فَالرِّبحُ فيها على قَدْرِ المالِ، ويَبْطُلُ شَرْطُ التَّفاضُلِ. وإذا ماتَ أحَدُ الشَّرِيكَيْنِ أوِ ارتَدَّ ولَحِقَ بِدارِ الحَرْبِ، بَطَلَتِ الشَّرِكَةُ.

وإنْ كانَ صاحِبَ الرَّاوِيَةِ فَعَلَيهِ أَجْرُ مِثْلِ البَغْلِ).

أمَّا فسادُ الشَّركةِ فلانعِقادِها على إحرازِ المُباحِ، وهو الماءُ.

وأمَّا وجوبُ الأجرِ فلأنَّ المُباحَ إذا صار مِلْكاً لِلمُحرزِ، وهو المُستقي، وقد استوفى منافعَ مِلْك الغيرِ، وهو البغلُ أو الرَّاوية، بِعَقدٍ فاسدٍ فيلزمُهُ أجرُهُ.

(وكُلُّ شَرِكَةٍ فاسِدَةٍ فَالرِّبحُ فيها على قَدْرِ المالِ، ويَبْطُلُ شَرْطُ التَّفاضُلِ)؛ لأنَّ الرِّبحَ فيه تابعٌ للمال، فَيَتقدَّرُ بِقَدْره، كما أنَّ الرَّيعَ تابعٌ لِلبَذْرِ في الزِّراعةِ، والزِّيادةُ إنَّما تُستَحَقُّ بالتَّسميةِ، وقد فَسَدَت، فبقي الاستحقاقُ على قَدْرِ رأسِ المال.

(وإذا ماتَ أحَدُ الشَّرِيكَيْنِ أوِ ارتَدَّ ولَحِقَ بِدارِ الحَرْبِ، بَطَلَتِ الشَّرِكَةُ)؛ لأنَّها تتضمَّنُ الوَكالةَ، ولا بدَّ منها لِتتحقَّقَ الشَّركةِ على ما مرَّ، والوكالةُ تبطُلُ بالموت، وكذا بالالتحاقِ مرتدّاً إذا قضى القاضي بِلَحاقه؛ لأنَّه بمنزلةِ الموتِ على ما بيَّنَّاه من قبلُ[1].

ولا فَرْقَ بين ما إذا عَلِم الشَّريكُ بموتِ صاحِبِهِ أو لم يعلم؛ لأنَّه عزلٌ حكميٌّ، وإذا بطلتِ الوكالةُ بطلتِ الشَّركةُ، بخلافِ ما إذا فسَخَ أحدُ الشَّريكينِ الشَّركةَ ومالُ الشَّركةِ دراهمُ ودنانيرُ، حيثُ يتوقَّفُ على عِلْم الآخرِ؛ لأنَّه عزلٌ قَصديٌّ، والله أعلم.

---

(١) إشارة إلى ما ذكره في باب أحكام المرتدِّين في قوله: «وإنْ لَحِق بدار الحرب مرتدّاً ...» انظر ص (٦١٩).

فصل

وليس لأحدِ الشَّرِيكينِ أن يُؤدِّي زكاةَ مالِ الآخَرِ إلَّا بإذنِهِ، فإنْ أذِنَ كلُّ واحدٍ منهما لصاحبِهِ أن يُؤدِّي زكاتَهُ، فأدَّى كلُّ واحدٍ منهما، فالثَّاني ضامِنٌ عَلِم بأداءِ الأوَّلِ أو لم يعلَمْ، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: لا يَضمَنُ إذا لم يَعْلَم، وهذا إذا أدَّيا على التَّعاقبِ، أمَّا إذا أدَّيا معاً ضَمِنَ كلُّ واحدٍ منهما نصيبَ صاحبِهِ. ....

(فصل)

(وليس لأحدِ الشَّرِيكينِ أن يُؤدِّي زكاةَ مالِ الآخَرِ إلَّا بإذنِهِ)، لأنَّه ليس من جنسِ التِّجارةِ، (فإنْ أذِنَ كلُّ واحدٍ منهما لصاحبِهِ أن يُؤدِّي زكاتَهُ، فأدَّى كلُّ واحدٍ منهما، فالثَّاني ضامِنٌ عَلِم بأداءِ الأوَّلِ أو لم يعلَمْ، وهذا عند أبي حنيفة).

(وقالا: لا يَضمَنُ إذا لم يَعْلَم، وهذا إذا أدَّيا على التَّعاقبِ، أمَّا إذا أدَّيا معاً ضَمِنَ كلُّ واحدٍ منهما نصيبَ صاحبِهِ).

وعلى هذا الاختلافِ المأمورُ بأداءِ الزَّكاةِ إذا تصدَّقَ على الفقيرِ بعدما أدَّى الآمِرُ بنفسه.

لهما: أنَّه مأمورٌ بالتَّمليكِ من الفقيرِ، وقد أتى به، فلا يَضْمَنُ لِلمُوكِّل، وهذا لأنَّ في وُسعِه التَّمليكَ لا وُقُوعَه زكاةً؛ لِتَعلُّقِه بنيَّةِ الموكِّلِ، وإنَّما يُطلَبُ منه ما في وُسعِه، وصار كالمأمورِ بِذَبحِ دمِ الإحصار إذا ذَبح بعدما زالَ الإحصارُ وحجَّ الآمرُ، لم يَضمَنْ المأمورُ عَلِمَ أو لا.

ولأبي حنيفة: أنَّه مأمورٌ بأداءِ الزَّكاةِ، والمُؤدَّى لم يقَعْ زكاةً فصارَ مُخالِفاً، وهذا لأنَّ المقصودَ من الأمر إخراجُ نفسِهِ عن عُهدةِ الواجب؛ لأنَّ الظَّاهرَ أنَّه لا يَلتزِمُ الضَّررَ إلَّا لِدَفعِ الضَّررِ، وهذا المقصودُ حصَلَ بأدائِهِ، وعَرِي أداءُ المأمورِ عنه فصار معزولاً عَلِم أو لم يَعلَمْ؛ لأنَّه عزلٌ حكميٌّ.

وأمَّا دمُ الإحصارِ، فقد قيل: هو على هذا الاختلافِ، وقيل: بينهما فرقٌ.

وإذا أذِنَ أحَدُ المُتَفاوِضَيْنِ لِصَاحِبِهِ أنْ يَشْتَرِيَ جارِيَةً فَيطأها، فَفَعَلَ، فَهِي له بِغَيرِ شيءٍ عند أبي حنيفة، وقالا: يَرجِعُ عليه بِنِصْفِ الثَّمَنِ، ولِلبائِعِ أنْ يَأخُذَ بِالثَّمَنِ أيَّهما شاءَ.

ووجهُهُ: أنَّ الدَّمَ ليس بواجبٍ عليه، فإنَّه يُمكِنُه أن يَصبِرَ حتَّى يزولَ الإحصارُ، وفي مسألتنا الأداءُ واجبٌ، فاعتُبِر الإسقاطُ مقصوداً فيه دونَ دمِ الإحصار.

قال: (وإذا أذِنَ أحَدُ المُتَفاوِضَيْنِ لِصَاحِبِهِ أنْ يَشْتَرِيَ جارِيَةً فَيطأها، فَفَعَلَ، فَهِي له بِغَيرِ شيءٍ عند أبي حنيفة، وقالا: يَرجِعُ عليه بِنِصْفِ الثَّمَنِ)؛ لأنَّه أدَّى ديناً عليه خاصَّةً من مالٍ مُشتَرَكٍ، فيرجِعُ عليه صاحِبُه بِنَصيبِهِ كما في شراء الطَّعام والكِسْوة، وهذا لأنَّ المِلكَ واقعٌ له خاصَّةً، والثَّمنُ بِمُقابَلَة المِلْك.

وله: أنَّ الجاريةَ دخلت في الشَّركةِ على البَتاتِ جَرْياً على مُقتَضى الشَّركة[1]؛ إذ هما لا يَملِكان تَغييرَهُ، فأشْبَهَ حالَ عَدَمِ الإذنِ، غيرَّ أنَّ الإذنَ يَتضمَّنُ هبةَ نَصيبِهِ منه؛ لأنَّ الوطءَ لا يَحِلُّ إلَّا بالمِلْكِ، ولا وجهَ إلى إثباتِهِ بالبيع لِما بيَّنَّا أنَّه يُخالِفُ مُقتَضى الشَّركةِ، فأثبتناه بالهبةِ الثَّابتةِ في ضمنِ الإذنِ، بخلاف الطَّعام والكسوة[2]؛ لأنَّ ذلك مُستثنى عنها للضَّرورة، فيقعُ المِلكُ له خاصَّةً بنفس العقدِ، فكان مُؤدِّياً دَيناً عليه من مال الشَّركة. وفي مسألتنا قَضى دَيناً عليهما؛ لِما بيَّنَّا.

(ولِلبائِعِ أنْ يَأخُذَ بِالثَّمَنِ أيَّهما شاءَ) بالاتِّفاق؛ لأنَّه دَينٌ وَجَب بسبب التِّجارة، والمُفاوضةُ تَضمَّنت الكفالةَ، فصار كالطَّعام والكِسوة.



---

(١) ومقتضى الشَّركة هو: أنَّ كلَّ ما دخَلَ في الشَّركة وأدَّى المُشتري ثَمَنَها من مالِ الشَّركة، فإنَّه لا يَرجِع عليه صاحِبُه بشيءٍ. والمراد بالشركة هنا شركة المفاوضة.

(٢) حيث يقع للمشتري خاصَّة.

كتاب الوقف

كِتَابُ الوَقْفِ

قال أبو حنيفة: لا يَزولُ مِلكُ الواقفِ عن الوَقفِ إلَّا أنْ يَحكُمَ به الحاكمُ، أو يُعلِّقَه بِمَوتِهِ فيقول: «إذا مُتُّ فقد وَقَفْتُ داري على كذا»، وقال أبو يوسف: يَزولُ مِلكُهُ بِمُجرَّدِ القَولِ. وقال محمَّد: لا يَزُولُ حتَّى يَجْعَلَ لِلوَقفِ وَلِيّاً ويُسَلِّمَهُ إليه. ......

(كتاب الوقف)

(قال أبو حنيفة: لا يَزولُ مِلكُ الواقفِ عن الوَقفِ إلَّا أنْ يَحكُمَ به الحاكمُ، أو يُعلِّقَه بِمَوتِهِ فيقول: «إذا مُتُّ فقد وَقَفْتُ داري على كذا»[1]. وقال أبو يوسف: يَزولُ مِلكُهُ بِمُجرَّدِ القَولِ. وقال محمَّد: لا يَزُولُ حتَّى يَجْعَلَ لِلوَقفِ وَلِيّاً ويُسَلِّمَهُ إليه).

قال رضي الله عنه: الوقفُ لغةً: هو الحَبسُ، تقولُ: وَقفتُ الدَّابَّةَ وأوقفتُها بمعنىً.

وهو في الشَّرعِ عند أبي حنيفة: حَبْسُ العَينِ على مِلْكِ الواقفِ والتَّصدُّقُ بالمَنفعةِ، بِمَنزلةِ العاريَّةِ[2].

ثمَّ قيل: المَنفعةُ مَعدُومةٌ فالتَّصدُّقُ بالمَعدُومِ لا يَصحُّ، فلا يَجوزُ الوقفُ أصلاً عنده، وهو المَلفوظُ في الأصل[3]. والأصحُّ أنَّه جائزٌ عنده، إلَّا أنَّه غيرُ لازمٍ بمنزلةِ العاريَّةِ.

---

(١) أراد أنَّ الوقف لا يلزَمُ إلَّا بطريقين: قضاءُ القاضي بِلُزُومِه لكونه مجتَهَداً فيه، وإخراجُهُ مَخرَجَ الوصيَّةِ بأن يقول: أوصيتُ بِغَلَّة داري، فحينئذ يلزم.

(٢) أي: الوقفُ عنده كالعاريَّةِ تُصرَف المنفعةُ إلى جهة الوقفِ وتبقى العينُ على مِلك الواقفِ، فله أن يرجعَ، ويجوزُ بيعُهُ ويُورَث عنه.

(٣) يعني: المبسوط، ولكنَّه نقله بالمعنى لا بِعَين لفظِهِ، فإنَّ لفظَ المبسوط: فأمَّا أبو حنيفة فكانَ لا يُجِيز ذلك، ثمَّ قال: فمرادُهُ أنَّه لا يَجعَلُه لازماً. عناية.

وعندهما: حَبسُ العَينِ على حُكم مُلْكِ اللهِ تعالى. فَيزولُ مِلكُ الواقفِ عنه إلى اللهِ تعالى على وَجهٍ تَعودُ مَنفعَتُه إلى العبادِ، فَيلزَمُ، ولا يُباعُ ولا يُوهَبُ ولا يُورَث.

واللَّفظُ يَنتَظِمُهما[١]، والتَّرجيحُ بالدَّليل.

لهما: قولُ النَّبيِّ ﷺ لِعُمر رضي الله عنه حين أراد أن يَتصدَّقَ بأرضٍ له تُدعَى ثَمْغاً: «تَصدَّقْ بأصلِها، لا يُباعُ ولا يُورَث ولا يُوهَب[٢]»، ولأنَّ الحاجةَ ماسَّةٌ إلى أن يَلزَمَ الوقفُ منه؛ لِيَصِلَ ثوابُهُ إليه على الدَّوامِ، وقد أمكَنَ دَفعُ حاجتِهِ بإسقاطِ المِلْكِ وجَعْلِه لله تعالى، إذْ له نظيرٌ في الشَّرعِ، وهو المسجد[٣]، فَيُجعَل كذلك.

ولأبي حنيفة: قولُه ﷺ: «لا حَبْسَ عن فرائضِ الله تعالى[٤]»، وعن شُرَيح: «جاء محمَّد ﷺ بِبَيع الحَبِيس»[٥]؛ لأنَّ المِلكَ باقٍ فيه، بدليل أنَّه يجوزُ الانتفاعُ

(١) أي: لفظُ الوقفِ يتناول ما قاله أبو حنيفة وما قالاه.

(٢) أخرجه الأئمَّةُ السِّتَّةُ، وهو عند البخاري في الشروط، باب: الشُّروط في الوقف (٢٥٨٦)، ومسلم في الوصية، باب: الوقف (١٦٣٢) عن ابن عمر رضي الله عنهما: أنَّ عمرَ بنَ الخطَّابِ أصابَ أرضاً بِخَيبرَ فأتى النَّبيَّ ﷺ يَستأمِرُهُ فيها، فقال: يا رسولَ اللهِ إنِّي أصبتُ أرضاً بِخَيبَرَ لم أُصِبْ مالاً قَطُّ أنفَسَ عندي منه، فما تأمُرُ به؟ قال: «إن شِئتَ حَبَستَ أصلَها وتَصَدَّقتَ بها»، قال: فتَصدَّقَ بها عمرُ، أنَّه لا يُباعُ ولا يُوهَبُ ولا يُورَثُ، وتَصَدَّقَ بها في الفقراءِ وفي القربى وفي الرِّقابِ وفي سبيلِ الله وابنِ السَّبيلِ والضَّيفِ، لا جناحَ على مَن وليها أن يأكلَ منها بالمعروف ويَطعَم غيرَ مُتموِّلٍ.

(٣) نظيرُ ما خرج عن المِلْك بالإجماع لا إلى مالك، وكذا الإعتاق، وسيجيبُ بالفرق بين المسجد والعِتْق ومُطلَق الوقف.

(٤) أخرجه الدار قطني في الفرائض والسير وغير ذلك (٤) عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «لا حَبْسَ عن فرائضِ الله عزَّ وجل» لم يُسنده غيرُ ابنِ لَهيعة عن أخيه، وهما ضعيفان.

وأخرج الطبراني في الكبير (١٨/ ٣٠٤) (١٥٤٩١) عن فَضالة بنِ عبيد، عن رسول الله ﷺ قال: «لا حبس».

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب البيوع والأقضية، باب: في الرجل يجعل الشيء حبسا في سبيل الله (٢٠٩٣١).

به زراعةً وسُكنى وغير ذلك، والمِلكُ فيه للواقف؛ ألا ترى أنَّ له وِلايةَ التَّصرُّفِ فيه، بِصَرفِ غَلَّاتِهِ إلى مصارِفِها، ونَصبِ القُوَّام[١] فيها، إلَّا أنَّه يتَصَدَّقُ بمنافِعِهِ، فصار شَبيهَ العاريَّةِ، ولأنَّه يحتاجُ إلى التَّصدُّقِ بالغَلَّةِ دائماً، ولا تَصدُّقَ عنه إلَّا بالبقاءِ على مِلْكِه، ولأنَّه لا يُمكِنُ أن يُزالَ مِلكُهُ لا إلى مالكٍ؛ لأنَّه غيرُ مشروعٍ مع بقائِهِ كالسَّائبة[٢].

بخلاف الإعتاقِ لأنَّه إتلافٌ، وبخلافِ المَسجدِ لأنه جُعِلَ خالصاً لله تعالى، ولهذا لا يجوزُ الانتفاعُ به، وهنا لم يَنقطِعْ حقُّ العبدِ عنه، فلم يَصِرْ خالصاً لله تعالى.

قال ﵁: قال في الكتاب: «لا يزولُ مِلكُ الواقفِ إلَّا أن يَحكُمَ به الحاكِمُ، أو يُعلِّقَه بموته»[٣]، وهذا في حُكْمِ الحاكمِ صحيحٌ[٤]؛ لأنَّه قضاءٌ في مُجتَهَدٍ فيه، أمَّا في تَعليقِهِ بالموتِ فالصَّحيحُ أنَّه لا يزولُ مِلكُه، إلَّا أنَّه تصَدَّق بمنافِعِهِ مُؤبَّداً، فيصيرُ بمنزلةِ الوصيَّةِ بالمنافع مؤبَّداً فَيلزَمُ.

والمرادُ بالحاكم المَوْلَى[٥]، فأمَّا المُحكَّم[٦] ففيه اختلافُ المشايخ.

---

(١) بضمِّ القاف وتشديد الواو، جمع قائم بالأمر. بناية.

(٢) السَّائبة: هي النَّاقةُ التي تُسيَّب لِنَذْر، وكان الرَّجلُ يقول: إذا قَدِمتُ من سفري، أو برئت من مرضي، فناقتي سائبة.

ومعناه: أنَّ الوقفَ بمنزلةِ تَسييبِ أهلِ الجاهليَّةِ، من حيثُ إنَّ العَينَ لا تَخرُجُ من أن تكون مملوكةً له مُنتَفَعاً بها، فإنَّه لو سَيَّب دابَّته لم تَخرُج عن مِلْكِه، فكذا إذا وقف أرضَهُ أو دارَهُ. عناية.

(٣) ما بين المعكوفتين عبارة القدوري، غير أنَّ فيه: «لا يزول ملك الواقف عند أبي حنيفة» فأسقط الشَّيخ لفظة «أبي حنيفة».

(٤) صورةُ الحكم: أن يُسَلِّم الواقفُ ما وَقَفَه إلى المتولِّي، ثمَّ يُريد أن يَرجِعَ عنه فَيُنازِعُه بعدم اللُّزوم، فيختصمان إلى القاضي، فيقضي بِلُزُومه. بناية.

(٥) وهو من ولَّاه الإمامُ عمل القضاء. بناية.

(٦) المُحَكَّم: هو الذي يُفوَّضُ إليه الحكمُ في حادثةٍ معيَّنة باتِّفاقِ المُتخاصمين. اختلف الفقهاء في لُزومِ ما يَحكُم به.

وإذا صَحَّ الوَقْفُ على اختلافِهِم ....

ولو وَقَفَ في مرضِ مَوتِهِ، قال الطَّحاويُّ: هو بِمَنزلةِ الوصيَّةِ بعدَ المَوتِ[١]. والصَّحيحُ أنَّه لا يَلزَمُهُ عند أبي حنيفة[٢]، وعندهما: يَلزَمُه إلَّا أنَّه يُعتَبَرُ من الثُّلثِ، والوَقفُ في الصِّحَّةِ من جميعِ المالِ.

وإذا كان المِلكُ يَزولُ عندهما يَزولُ بالقول عند أبي يوسف[٣]، وهو قولُ الشَّافعيِّ[٤]، بمنزلةِ الإعتاقِ[٥]؛ لأنَّه إسقاطُ المِلكِ.

وعند محمَّد: لا بدَّ من التَّسليمِ إلى المُتَولِّي؛ لأنَّه حقُّ الله تعالى، وإنَّما يَثبُتُ فيه[٦] في ضمنِ التَّسليمِ إلى العبدِ؛ لأنَّ التَّمليكَ مِنَ الله تعالى - وهو مالكُ الأشياءِ - لا يَتحقَّقُ مَقصوداً[٧]، وقد يكونُ تَبعاً لِغَيره فيأخُذُ حُكمَه، فَيُنزَّل مَنزِلةَ الزَّكاةِ والصَّدقةِ.

قال: (وإذا صَحَّ الوَقْفُ على اختلافِهِم)، وفي بعض النُّسخ: «وإذا استُحِقَ»

---

(١) يعني: يلزمُ الوقفُ حينئذٍ على قول أبي حنيفة، بخلاف الوقفِ في الصِّحَّة فإنَّه لا يلزَمُ عنده. عناية.

(٢) لأنَّ المُباشرةَ في المرض كالمباشرةِ في الصِّحَّة، حتَّى لا يلزَمُ ولا يمنَعُ الإرثَ، كالعارية.

(٣) أي: يزول الملك عن الواقف بمجرَّد قوله: «وقفت».

(٤) قال النووي في الروضة (٤/ ٣٩٨) الكتب العلمية: إذا صحَّ الوقف، ترتب عليه أحكام: منها: ما ينشأ من اللَّفظ المستعمَلِ في الوقف ويختلف باختلاف الألفاظ. منها: ما يقتضيه المعنى، فلا يختلف باختلاف اللفظ، ويجمع الباب طرفان:
الطَّرف الأول: في الأحكام اللَّفظية، والأصل فيه، أنَّ شروطَ الواقف مَرعيَّةٌ ما لم يكن فيها ما يُنافي الوقف، وفيه مسائل. انظر تتمَّته (٤/ ٣٩٩)
الطَّرف الثاني: في الأحكام المعنويَّة، فمنها اللُّزومُ في الحال، سواء أضافه إلى ما بعد الموت، أم لم يُضِفه، وسواءٌ سلَّمه، أم لم يُسلِّمه، قضى به قاض، أم لا .انظر تتمته (٤/ ٤٠٥) وما بعدها.

(٥) حيثُ يزولُ مِلكُ المعتِقِ بمجرَّدِ قوله: «أعتقتُ عبدي».

(٦) أي: يثبت حقُّ الله في الوقف.

(٧) فيأخذُ الملكُ من الله حكمَ التَّمليك من غيره حتَّى يُشترط فيه التَّسليمُ والقبضُ. بناية.

خَرَجَ مِنْ مِلْكِ الواقِفِ، ولَمْ يَدخُلْ في مِلْكِ المَوقُوفِ عليه. ووَقْفُ المَشاعِ جائزٌ عندَ أبي يوسف، وقال محمد: لا يجوزُ. ....

مكانَ قوله: «إذا صحَّ» (خَرَجَ مِنْ مِلْكِ الواقِفِ، ولَمْ يَدخُلْ في مِلْكِ المَوقُوفِ عليه)؛ لأنَّه لو دخل في مِلكِ المَوقوفِ عليه لا يَتوَقَّفُ عليه، بل يَنفُذُ بيعُهُ كسائر أملاكِهِ، ولأنَّه لو مَلَكَه لَما انتقَلَ عنه بِشَرطِ المالِكِ الأوَّلِ، كسائر أملاكه.

قال رضي الله عنه: قوله: «خَرَج عن مِلْكِ الواقفِ» يجب أن يكون قولَهما على الوجهِ الذي سَبَق تقريرُهُ.

وقف المشاع

قال: (ووَقْفُ المَشاعِ جائزٌ عندَ أبي يوسف)؛ لأنَّ القِسمةَ من تَمامِ القَبضِ، والقَبضُ عنده ليس بشرطٍ، فكذا تتمَّته.

(وقال محمد: لا يجوز)؛ لأنَّ أصلَ القَبضِ عنده شَرْطٌ، فكذا ما يتمُّ به.

وهذا[1] فيما يَحتمِلُ القِسمةَ، وأمَّا فيما لا يَحتمِلُ القسمةَ[2] فيجوزُ مع الشُّيوعِ عند محمَّد أيضاً؛ لأنَّه يُعتَبَرُ بالهبةِ والصَّدقةِ المُنفَّذَةِ.

إلَّا[3] في المسجدِ والمَقبَرةِ، فإنَّه لا يَتمُّ مع الشُّيوعِ فيما لا يَحتمِلُ القِسمةَ أيضاً عند أبي يوسف[4]، لأنَّ بقاءَ الشَّرِكةِ يَمنعُ الخُلوصَ لله تعالى، ولأنَّ المُهايأةَ فيهما في غاية القُبحِ، بأن يُقبَرَ فيه الموتى سنةً، ويُزرَعَ سنةً، ويُصلَّى فيه في وقتٍ، ويُتَّخذَ إصطبلاً في وقت، بخلافِ الوقفِ لإمكانِ الاستغلالِ وقِسمَةِ الغَلَّةِ.

---

(١) أي: الخلاف بين أبي يوسف ومحمد.

(٢) كالحمَّام والبئرِ والرَّحى، فيجوزُ اتِّفاقاً.

(٣) استثناءٌ من قوله: «ووقفُ المشاع جائزٌ عند أبي يوسف».

(٤) معناه: أنَّه لا يصحُّ وقفُ المشاعِ مسجداً ومَقبرةً فيما لا يَحتملُ القسمةَ؛ لأنَّ الشُّيوعَ يمنعُ خُلوصَ الحقِّ لله تعالى لوجودِ الشَّركةِ فيه، ولأنَّ جوازَ وقفِ المَشاعِ فيما لا يحتملُ القسمةَ يُحتاجُ فيه إلى التَّهايؤ، والتَّهايؤُ فيه يؤدِّي إلى أمرٍ مُستقبَحٍ، كما ذكر المصنِّف.

ولا يَتِمُّ الوقفُ عند أبي حنيفة ومحمد حتَّى يَجْعَلَ آخِرَهُ بِجِهَةٍ لا تَنقطِعُ أبداً، وقال أبو يوسف: إذا سَمَّى فيه جِهةً تَنقطِعُ جازَ، وصارَ بعدَها للفقراءِ وإنْ لم يُسمِّهِم.

ولو وَقَفَ الكُلَّ ثمَّ استُحِقَّ جُزءٌ منه[1]، بَطَلَ في الباقي عند محمَّد؛ لأنَّ الشُّيوعَ مُقارِنٌ[2] كما في الهبة[3]، بخلافِ ما إذا رَجَعَ الواهبُ في البعضِ، أو رَجَعَ الوارثُ في الثُّلُثينِ بعد موتِ المريضِ، وقد وَهَبَه أو أوقفَهُ في مَرضِهِ وفي المال ضِيقٌ؛ لأنَّ الشُّيوعَ في ذلك طارئٌ.

ولوِ استُحِقَّ جزءٌ مُمَيَّزٌ بِعَينهِ لم يَبطُلْ في الباقي؛ لِعَدَمِ الشُّيوعِ، ولهذا[4] جازَ في الابتداءِ، وعلى هذا الهبةُ والصَّدقةُ المَملُوكةُ.

قال: (ولا يَتِمُّ الوقفُ عند أبي حنيفة ومحمد حتَّى يَجْعَلَ آخِرَهُ بِجِهَةٍ لا تَنقطِعُ أبداً[5]. وقال أبو يوسف: إذا سَمَّى فيه جِهةً تَنقطِعُ جازَ، وصارَ بعدَها للفقراءِ وإنْ لم يُسمِّهِم[6]).

لهما: أنَّ مُوجَبَ الوَقفِ زَوالُ المِلكِ بدون التَّمليكِ[7]، وأنَّهُ يتأبَّدُ كالعِتْق، فإذا كانت الجِهةُ يُتوَهَّمُ انقطاعُها، لا يَتوفَّرُ عليه مُقتَضاه، فلهذا كان التَّوقيتُ مُبطِلاً له، كالتَّوقيتِ في البيع.

---

(١) أي: جزءٌ شائعٌ.

(٢) أي: مقارنٌ للوقف، لأنَّ حقَّ المستحِقِّ كان ثابتاً في الموقوف حال الوقف، فلم يتمَّ القبضُ، وهو شرطٌ عند محمد، فبطل في الباقي لانتفاء الشَّرط. بناية.

(٣) فإنَّه إذا وَهَب الكلَّ ثمَّ استُحِقَّ بعضُهُ، بطلت الهبةُ للسَّبب المتقدِّم.

(٤) أي: ولكون استحقاقِ جزءٍ معيَّنٍ من الموقوف غيرَ مانع من الوقف، جاز الوقف ابتداءً.

(٥) كالمساكينِ ومَصالحِ الحَرَمِ والمساجدِ، بخلاف ما لو وَقَفَ على مسجدٍ معيَّنٍ ولم يجعلْ آخِرَهُ لجهةٍ لا تَنقطِعُ، لا يصحُّ لاحتمال أن يَخربَ المسجدُ الموقوفُ عليه.

(٦) وذلك مثلُ أن يَقِفَ على أولادِهِ أو على أمَّهاتِ أولادِهِ، جازَ وصار بعدها للفقراء وإنْ لم يُسمِّهم.

(٧) يعني: لا إلى مالكٍ، وكلُّ ما كان زوالُ المِلكِ فيه لا إلى مالكٍ فإنَّه يتأبَّدُ.

وَيَجُوزُ وَقْفُ العَقَارِ، ....

ولأبي يوسف: أنَّ المَقصودَ هو التَّقرُّبُ إلى الله تعالى، وهو مُوفَّرٌ عليه؛ لأنَّ التَّقرُّبَ تارةً يكون في الصَّرفِ إلى جهةٍ تَنقطِعُ، ومرَّةً بالصَّرفِ إلى جهةٍ تَتأبَّدُ، فَيَصحُّ في الوجهين[1].

وقيل: إنَّ التَّأبيدَ شرطٌ بالإجماع، إلَّا أنَّ عند أبي يوسف لا يُشتَرَطُ ذِكرُ التَّأبيدِ؛ لأنَّ لفظَةَ الوَقفِ والصَّدقةِ مُنبِئَةٌ عنه؛ لِما بيَّنَّا أنَّه إزالةُ المِلك بدونِ التَّمليكِ كالعِتْق، ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله: «وصار بعدَها لِلفُقَراء وإنْ لم يُسَمِّهم»، وهذا هو الصَّحيحُ.

وعند محمَّد ذِكرُ التَّأبيدِ شَرْطٌ؛ لأنَّ هذا صَدقةٌ بالمَنفعةِ أو بالغَلَّةِ، وذلك قد يكون مُؤَقَّتاً وقد يكون مؤبَّداً، فَمُطلَقُه لا يَنصرِفُ إلى التَّأبيد، فلا بدَّ من التَّنصيص.

وقف العقار والمنقولات

قال: (وَيَجُوزُ وَقْفُ العَقارِ[2])؛ لأنَّ جماعةً من الصَّحابة رضوانُ الله عليهم وَقَفُوه.

---

(١) لكن في الوجهِ الأوَّلِ - وهو صَرْفُه إلى جهةٍ تنقطع - يعود الوقفُ إلى مِلكه إن كان حيّاً، وإلى مِلْك ورثَتِهِ إن كان ميتاً، بعد انقطاع الجهة.
لقائل أن يقول: هذا التَّعليلُ غيرُ مطابِقٍ لِما ذكر عن أبي يوسف؛ لأنَّه قال: وصار بعدها للفقراء وإنْ لم يُسمِّهم، وذلك يدلُّ على أنَّ التَّأبيد شرطٌ.
والجوابُ: أنَّ المرويَّ عن أبي يوسف أمران: أحدُهما: أنَّه لا يُشترط التَّأبيدُ أصلاً. والثاني: أنَّه يُشترط، لكن لا يُشترط ذِكرُهُ باللِّسان. والمُصنِّفُ أشار إلى القول الأوَّل بالتَّعليل، وإلى الثاني بذكر المذهب، واستدلَّ عليه بقوله: «وقيل: إنَّ التَّأبيد شرطٌ بالإجماع» إلخ، وفي كلامه تعقيدٌ لا محالة. عناية.

(٢) وهو الأرضُ مَبنيَّةً كانت أو غيرَ مبنيَّةٍ، ويدخلُ البِناءُ في وَقفِ الأرض تَبَعاً، فيكون وَقْفاً معها. وفي دخول الشَّجرِ في وَقْفِ الأرض روايتان، ذَكَرَهما في الخلاصة. فتح.

ولا يَجُوزُ وَقْفُ ما يُنْقَلُ ويُحَوَّلُ، وقال أبو يوسف: إذا وَقَفَ ضَيْعَةً بِبَقَرِها وأَكَرَتِها - وهُمْ عَبِيدُهُ - جازَ، وقال محمد: يَجُوزُ حَبْسُ الكُراعِ والسِّلاحِ. ....

(ولا يَجُوزُ وَقْفُ ما يُنْقَلُ ويُحَوَّلُ)، قال رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: وهذا على الإرسال[1] قولُ أبي حنيفة، (وقال أبو يوسف: إذا وَقَفَ ضَيْعَةً بِبَقَرِها وأَكَرَتِها[2] - وهُمْ عَبِيدُهُ - جازَ) وكذا سائرُ آلاتِ الحِراثَةِ؛ لأَنَّهُ تَبَعٌ للأرض في تَحصيلِ ما هو المَقصودُ، وقد يَثبُتُ مِنَ الحُكمِ تَبَعاً ما لا يَثبُتُ مَقصوداً، كالشِّربِ في البيع والبناءِ في الوَقْفِ. ومحمدٌ معه فيه؛ لأنَّه لمَّا جاز إفرادُ بعضِ المَنقولِ بالوَقفِ[3] عنده، فلأَنْ يَجوزُ الوقفُ فيه تَبَعاً أولى.

(وقال محمد: يَجُوزُ حَبْسُ الكُراعِ والسِّلاحِ)، ومعناه: وَقْفُهُ في سبيل الله، وأبو يوسف معه فيه على ما قالوا، وهو استحسانٌ. والقياسُ أن لا يَجوز؛ لما بيَّنَّاه من قبل[4].

وجهُ الاستحسانِ الآثارُ المَشهورةُ فيه، منها: قولُه ﷺ: «وأمَّا خالدٌ فقد حَبَسَ أدرُعاً وأفراساً له في سبيل الله تعالى»[5]، «وطلحَةُ حَبَسَ دُرُوعَه في سبيل الله

---

(١) أي: على الإطلاق، مقصوداً أو تبَعاً، كُراعاً أو غيرَهُ، تعامَلُوا فيه أو لا.

(٢) الأكرةُ: الحرَّاثون.

(٣) يعني: من غير أن يُجعَل تَبَعاً لشيءٍ، كما في المُتعارَفِ، مثل: المصحف، والجنازة، والفأس، والقَدُوم والمنشار. وما لم يتعارف النَّاسُ وقفَهَ لا يجوز وقفُهُ، كوقف الثياب ونحوها.

(٤) يعني: ما مرَّ أنَّ من شَرطِهِ التَّأبيد، والتَّأبيدُ لا يتحقَّقُ في المنقول.

(٥) أخرج البخاري في الزكاة، باب: قول الله تعالى ﴿وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾ [التوبة: ٦٠] (١٣٩٩)، ومسلم في الزَّكاة، باب: في تقديم الزَّكاة ومَنعِها (٩٨٣) عن أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: أمر رسولُ الله ﷺ بالصَّدقةِ، فقيل: مَنَعَ ابنُ جميلٍ وخالدُ بنُ الوليد وعبَّاسُ بنُ عبد المُطلِّب، فقال النَّبيُّ ﷺ: «ما يَنقِمُ ابنُ جميلٍ إلَّا أنَّه كان فقيراً فأغناه اللهُ ورسولُهُ، وأمَّا خالدٌ فإنَّكم تَظلِمُونَ خالداً، قد احتَبَسَ أدراعَهُ وأعتُدَهُ في سبيل الله، وأمَّا العبَّاسُ بنُ عبد المُطَّلب فعَمُّ رسولِ الله ﷺ فهي عليه صدقةٌ ومِثلُها معها».

تعالى»[1]، ويُروَى «أكراعه».

والكُراعُ: الخيل. ويدخلُ في حُكمِهِ الإبلُ؛ لأنَّ العربَ يُجاهِدُون عليها، وكذا السِّلاحُ يُحمَل عليها.

وعن محمَّد: أنَّه يجوزُ وَقْفُ ما فيه تَعامُلٌ من المَنقولاتِ، كالفأسِ والمَرِّ والقَدُومِ والمِنْشارِ والجَنازةِ وثيابِها والقُدُورِ والمَراجِلِ والمَصاحِفِ.

وعند أبي يوسف: لا يجوزُ؛ لأنَّ القياسَ إنَّما يُترَكُ بالنَّصِّ، والنَّصُّ ورد في الكُراعِ والسِّلاحِ فيُقتصَر عليه.

ومحمَّد يقول: القياسُ قد يُترَكُ بالتَّعاملِ كما في الاستصناع، وقد وُجِد التَّعاملُ في هذه الأشياء.

وعن نُصَير بنُ يحيى أنَّه وَقَف كُتُبَه إلحاقاً لها بالمصاحف، وهذا صحيحٌ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ يُمسَكُ لِلدِّين تَعليماً وتَعلُّماً وقراءةً، وأكثرُ فُقهاءِ الأمصارِ على قول محمَّد، وما لا تعامُلَ فيه لا يجوزُ عندنا وَقْفُهُ.

وقال الشَّافعيُّ[2]: كلُّ ما يُمكِنُ الانتفاعُ بِهِ مع بَقاءِ أصلِهِ[3]، ويجوزُ بَيعُهُ[4]، يجوزُ وَقْفُهُ؛ لأنَّه يُمكِنُ الانتفاعُ به، فأشبَهَ العقارَ والكُراعَ والسِّلاحَ.

---

(١) قال الزيلعي (٣/ ٤٧٩): غريب جداً.

(٢) قال شيخ الإسلام زكريا في فتح الوهاب (١/ ٤٤٠) الكتب العلمية: (و) شُرِط (في الموقوفِ كونُهُ عيناً معيَّنةً) ولو مغصوبةً أو غيرَ مرئيَّةٍ (مملوكةً) للواقف، (تُنقَلُ) أي: تقبلُ النَّقلَ من ملكِ شخصٍ إلى ملكِ آخر. (وتُفيد لا بِفَوتِها نفعاً مباحاً مقصوداً)، وسواء كان النَّفعُ في الحال أم لا، كوقف عبدٍ وجَحشٍ صغيرين، وسواءٌ أكان عقاراً أم منقولاً، (كَمَشاعٍ) ولو مسجداً، وكمدبَّرٍ ومعلَّقٍ عتقُهُ بصفةٍ (وبناءٍ وغِراسٍ) وُضِعا (بأرضٍ بحقٍّ). اهـ مختصراً.

(٣) احترازٌ عن الدَّراهم والدَّنانير، فإنَّ الانتفاعَ الذي خُلِقت الدَّراهمُ والدَّنانيرُ لأجله، وهو الثَّمنيَّة، لا يُمكِن بهما مع بقاءِ أصلِهِ في مِلكِه.

(٤) احترازٌ عن حَملِ النَّاقةِ والجاريةِ، فإنَّه لا يَجوزُ بيعُهُ، فكذا وَقفُهُ عنده أيضاً.

وإذا صَحَّ الوَقْفُ لَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ ولا تَملِيكُهُ، إلَّا أنْ يكونَ مَشاعاً عندَ أبي يوسف، فَيَطلُبُ الشَّرِيكُ القِسمَةَ، فَيَصِحُّ مُقاسَمَتُهُ. ....

ولنا: أنَّ الوقفَ فيه لا يَتأبَّدُ، ولا بُدَّ منه على ما بيَّنَّاه، فصار كالدَّراهمِ والدَّنانير، بخلاف العَقارِ، ولا مُعارِضَ من حيثُ السَّمعُ[(١)]، ولا من حيثُ التَّعامُلُ فَبَقِيَ على أصلِ القياس[(٢)].

وهذا[(٣)] لأنَّ العقارَ يَتأبَّدُ، والجِهادَ سَنامُ الدِّينِ، فكان معنى القُربةِ فيهما أقوى، فلا يكون غيرُهُما في معناهما.

قال: (وإذا صَحَّ الوَقْفُ لَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ ولا تَملِيكُهُ، إلَّا أنْ يكونَ مَشاعاً عند أبي يوسف، فَيَطلُبُ الشَّرِيكُ القِسمَةَ، فَيَصِحُّ مُقاسَمَتُهُ)، أمَّا امتناعُ التَّمليكِ فَلِما بيَّنَّا[(٤)].

وأمَّا جوازُ القسمةِ فلأنَّها تَمييزٌ وإفرازٌ[(٥)]، غايةُ الأمرِ أنَّ الغالبَ في غيرِ المَكيلِ والمَوزونِ معنى المُبادَلَةِ، إلَّا أنَّ في الوقفِ جعلنا الغالبَ معنى الإفرازِ نظَراً للوقفِ، فلم يكن بيعاً وتَمليكاً.

---

(١) جوابٌ عن قوله: «فأشبَهَ الكُراعَ والسِّلاحَ». ووجهه: أنَّ الأصل أن لا يجوزَ وقفُ الكُراعِ والسِّلاح أيضاً، كالدَّراهم، إلَّا أنَّا تركناه بمعارضٍ راجحٍ من حيثُ السَّمعُ. عناية.

(٢) جوابٌ عمَّا يُقال: تُرِك الأصلُ في الكُراع والسِّلاحِ بمُعارِضٍ من حيثُ السَّمعُ، وهو ليس بموجودٍ في المَراجِل والقَدُوم وغيرهما، فلتكن صورةُ النِّزاعِ مَقيسةً على ذلك.
ووجهه: أنَّ لهما مُعارِضاً من حيثُ التَّعامُلُ، وليس بموجودٍ في صورةِ النِّزاع، كالعبيدِ والإماءِ والثِّياب والبُسطِ وأمثالِها، فبقي على أصل القياس.

(٣) استظهارٌ على أنَّ إلحاقَ غيرِ العقارِ والكُراعِ والسِّلاحِ بهما غيرُ جائزٍ؛ لأنَّ غيرهما لِقُوَّتهما ليس في معناهما، ولم يذكرِ التَّعاملَ اعتماداً على شُهرةِ كونِ التَّعامُل أقوى من القياس، فجازَ أن يُترَك به. عناية.

(٤) أشار به إلى قوله ﷺ لعمر رضي الله عنه: «تصدَّق بأصلها، لا تُباع ولا تُورث ...» ص (٧٠٨)، ويجوز أن يكون إشارة إلى قوله: «لهما: أن موجب الوقف زوال الملك ...» ص (٧١٢).

(٥) أي: تمييز للحقوق، وإفرازٌ لكلٍّ على حدة، والممنوعُ التَّمليكُ لا الإفراز.

والواجِبُ أنْ يَبتَدِأ مِنِ ارتفاعِ الوَقْفِ بِعمارَتِهِ، شَرَطَ ذلكَ الواقِفُ أو لَمْ يَشْتَرِطْ،

ثمَّ إن وَقَفَ نصيبَهُ من عقارٍ مُشترَكٍ، فهو الذي يُقاسِمُ شريكَهُ؛ لأنَّ الولايةَ للواقف وبعدَ الموتِ إلى وَصِيِّهِ.

وإنْ وَقَفَ نِصفَ عقارٍ خالصٍ له، فالذي يُقاسِمُهُ القاضي، أو يَبيعُ نَصِيبَهُ الباقي من رجلٍ، ثمَّ يُقاسِمُه المشتري، ثمَّ يشتري ذلك منه؛ لأنَّ الواحدَ لا يجوزُ أن يكونَ مُقاسِماً ومُقاسَماً.

ولو كان في القسمةِ فَضْلُ دراهِمَ[(١)]، إنْ أعطَى الواقفَ لا يجوزُ[(٢)]؛ لامتناعِ بيعِ الوَقْفِ، وإن أعطى الواقفُ جازَ[(٣)]، ويكونُ بقَدْرِ الدَّراهمِ شراءً.

قال: (والواجِبُ أنْ يَبتَدِأ مِنِ ارتفاعِ الوَقْفِ بِعمارَتِهِ، شَرَطَ ذلكَ الواقِفُ أو لَمْ يَشْتَرِطْ)؛ لأنَّ قَصْدَ الواقفِ صَرْفُ الغَلَّةِ مُؤبَّداً، ولا تبقى دائمةً إلَّا بالعِمارة، فَيَثْبُتُ شَرْطُ العِمارةِ اقتِضاءً، ولأنَّ الخَراجَ بالضَّمانِ[(٤)]، وصار كنَفقةِ العبدِ المُوصَى بِخدمتِهِ، فإنَّها على المُوصَى له بها.

ثمَّ إن كان الوَقْفُ على الفقراءِ، لا يَظْفَرُ بهم[(٥)]، وأقرَبُ أموالِهم هذه الغَلَّةُ، فتجِبُ فيها.

---

(١) بأن كان أحدُ النَّصيبين أجودَ من الآخر، فيُجعَل مقابل الجودة دراهم.

(٢) التقدير: إن أعطى المشتري الواقفَ فضْلَ الدَّراهم، لا يجوز؛ لأنَّ الواقفَ يصير بائعاً بعض الوقف.

(٣) التقدير: وإن أعطى الواقفُ المشتريَ جاز؛ لأنَّ الواقفَ في هذه الحالة مُشتري لا بائع، فكأنَّه اشترى بعضَ نصيب شريكه لِوَقفِه.

(٤) في العناية: هذا لفظ الحديث، وهو من جوامع الكَلِم، ولإحرازِهِ معانيَ جمَّةً جرى مجرى المَثَل، واستُعمِلَ في كلِّ مَضرَّةٍ بِمُقابَلَةِ مَنفَعَةٍ، ومعناه هاهنا: أنَّ غَلَّةَ الوقفِ لمَّا كانت للموقوف عليهم، كانت العِمارةُ عليهم أيضاً.

(٥) أي: لا يستطيع المتولي الوقوفَ عليهم؛ لعَدَم تَعيُّنهم ولِعُسرتِهم. لذا يُحصِّل نفقاتِ العِمارة من غَلَّة الوقف.

فإنْ وَقَفَ داراً على سُكْنَى وَلَدِهِ، فالعِمارَةُ على مَنْ لَهُ سُكْنَى، فإنِ امتَنَعَ مِنْ ذلك، أو كانَ فَقِيراً، آجَرَها الحاكِمُ وعَمَرَها بِأُجْرَتِها، وإذا عَمَرَها رَدَّها إلى مَنْ لَهُ السُّكْنَى. ....

ولو كان الوقفُ على رجلٍ بِعَينِهِ وآخِرُهُ للفقراء، فهو في مالِهِ، أيِّ مالٍ شاءَ في حالِ حياتِهِ، ولا يُؤخَذُ من الغَلَّةِ[1]؛ لأنَّهُ مُعيَّنٌ يُمكِنُ مُطالَبَتُهُ، وإنَّما تُستَحَقُّ العِمارةُ عليه بِقَدْرِ ما يَبقَى المَوقُوفُ على الصِّفةِ التي وَقَفَه، وإنْ خَرِبَ يُبنى على ذلك الوَصْفِ؛ لأنَّها بِصِفَتِها صارت غَلَّتُها مصروفةً إلى المَوقُوف عليه. فأمَّا الزِّيادةُ على ذلك فليست بِمُستحقَّةٍ عليه، والغَلَّةُ مُستحقَّةٌ له، فلا يجوزُ صَرْفُها إلى شيءٍ آخَرَ إلَّا بِرِضاه.

ولو كان الوقفُ على الفقراءِ، فكذلكَ عندَ البعضِ[2]، وعندَ الآخرين: يجوزُ ذلك، والأوَّلُ أصحُّ؛ لأنَّ الصَّرفَ إلى العِمارةِ ضَرورةُ إبقاءِ الوَقفِ، ولا ضرورةَ في الزِّيادة.

قال: (فإنْ وَقَفَ داراً على سُكْنَى وَلَدِهِ، فالعِمارَةُ على مَنْ لَهُ سُكْنَى)؛ لأنَّ الخَراجَ بالضَّمانِ على ما مَرَّ، فصارَ كنفقةِ العبدِ المُوصَى بِخِدمتِهِ.

(فإنِ امتَنَعَ مِنْ ذلك، أو كانَ فَقِيراً آجَرَها الحاكِمُ وعَمَرَها بِأُجْرَتِها، وإذا عَمَرَها رَدَّها إلى مَنْ لَهُ السُّكْنَى)؛ لأنَّ في ذلك رعايةَ الحَقَّينِ، حقِّ الواقفِ وحقِّ صاحبِ السُّكنى؛ لأنَّه لو لم يَعْمُرْها تَفُوتُ السُّكنى أصلاً، والأول أولى[3].

---

(١) يعني: حَتْماً؛ لأنَّه قال: «فهو في مالِهِ، أيِّ مالٍ شاء»، وهذه الغَلَّة أيضاً من ماله، فلو لم يقيِّدْ بذلك تناقَضَ كلامُهُ. عناية.

(٢) أي: لا تُصرَفُ غَلَّةُ الوقفِ إلى زيادةِ عِمارةٍ لم تكنْ في ابتداءِ الوقف، بل تُصرَفُ إلى الفقراء.

(٣) يُريد به إجارةَ الحاكمِ وعِمارَتَها بأجرتها، ثمَّ رَدَّها إلى مَن له السُّكنى. والثاني هو تركُ العمارة، واستفيد تعيين الثاني من قوله: «لأنَّه لو لم يعمرها تفوت السُّكنى».

وما انْهَدَمَ مِنْ بناءِ الوَقْفِ وآلتِهِ صَرَفَهُ الحاكِمُ في عِمارةِ الوَقفِ إنِ احتاجَ إليه، وإنِ استغنى عنه أمسَكَهُ حتَّى يحتاجَ إلى عِمارتِهِ فَيَصرفَهُ فيهما، ولا يَجُوزُ أنْ يَقسِمَهُ بينَ مُسْتَحِقِّي الوَقفِ. ....

ولا يُجبرُ المُمتنِعُ على العِمارةِ؛ لِما فيه من إتلافِ مالِهِ، فأشبَهَ امتناعَ صاحِبِ البَذْرِ في المُزارعةِ[1]، فلا يكون امتناعُهُ رضاً منه بِبُطلانِ حقِّهِ؛ لأنَّه في حيِّزِ التَّردُّدِ[2].

ولا تصحُّ إجارةُ مَن له السُّكنَى لأنَّه غيرُ مالِكٍ[3].

قال: (وما انْهَدَمَ مِنْ بناءِ الوَقْفِ وآلتِهِ صَرَفَهُ الحاكِمُ في عِمارةِ الوَقفِ إنِ احتاجَ إليه، وإنِ استغنى عنه أمسَكَهُ حتَّى يحتاجَ إلى عِمارتِهِ فَيَصرفَهُ فيهما؛ لأنَّه لا بدَّ من العِمارة لِيَبقى على التَّأبيدِ، فَيَحصلُ مقصودُ الواقفِ).

فإنْ مسَّتِ الحاجةُ إليه في الحالِ صَرَفَها فيها، وإلَّا أمسَكَها حتَّى لا يَتعذَّرُ عليه ذلك أوانَ الحاجةِ، فيَبطُلُ المقصودُ.

وإن تَعذَّر إعادةُ عينِهِ إلى مَوضعِهِ، بِيعَ وصَرَفَ ثَمنَهُ إلى المَرَمَّةِ صَرْفاً للبدلِ إلى مَصرِفَ المُبدَلِ.

(ولا يَجُوزُ أنْ يَقسِمَهُ) يعني: النِّقْضَ (بينَ مُسْتَحِقِّي الوَقفِ)؛ لأنَّه جزءٌ من العَينِ، ولا حَقَّ للموقوفِ عليهم فيه، وإنَّما حقُّهم في المَنافعِ، والعينُ حقُّ الله تعالى، فلا يُصرَفُ إليهم غيرُ حقِّهم.

---

(١) فيما إذا عقدا عَقْدَ المزارعة، وبيَّنا مَن عليه البَذْر، فامتنَعَ مَن عليه البَذْرُ عن العمل، لا يُجبَرُ عليه.

(٢) يعني: دِلالةُ الامتناعِ على الرِّضا بإسقاطِ حقِّه، مُتردِّدٌ فيها؛ لِجَواز كونِ امتناعِهِ لِعَدمِ القُدرةِ على العِمارة، أو لرجائِهِ اصلاحَ القاضي، كما يجوز كونُهُ لِرِضاه بإبطال حقِّه. فتح.

(٣) لمَّا قال أوَّلاً: «آجرها الحاكم» علَّل ذلك بقوله: لأنَّه «لا تصحُّ إجارةُ من له السُّكنى ...».

وإذا جَعَلَ الواقِفُ غَلَّةَ الوَقفِ لِنَفسِهِ، أو جَعَلَ الوِلايَةَ إليهِ جازَ عند أبي يوسف.

قال: (وإذا جَعَلَ الواقِفُ غَلَّةَ الوَقفِ لِنَفسِهِ، أو جَعَلَ الوِلايَةَ إليهِ جازَ عند أبي يوسف).

قال رضي الله عنه: ذَكَرَ فَصْلَين: شَرْطَ الغَلَّةِ لنفسه، وجَعْلَ الوِلايةِ إليه.

أمَّا الأوَّل فهو جائزٌ عند أبي يوسف، ولا يجوزُ على قياس قولِ محمَّد، وهو قول هِلالٍ الرَّازي، وبه قال الشَّافعيُّ[1]. وقيل: إنَّ الاختلافَ بينهما بناءٌ على الاختلافِ في اشتراطِ القَبضِ والإفراز[2]. وقيل: هي مسألةٌ مُبتدَأةٌ[3].

والخلافُ فيما إذا شَرَطَ البعضَ لنفسِهِ في حياتِهِ وبعدَ مَوتِهِ للفقراء، وفيما إذا شَرَطَ الكلَّ لنفسِهِ في حياتِهِ وبعدَ موتِهِ للفقراءِ سواءٌ.

ولو وَقَفَ وشَرَطَ البعضَ أو الكُلَّ لأمَّهاتِ أولادِهِ ومُدَبَّريهِ ما داموا أحياءَ، فإذا ماتُوا فهو للفقراءِ والمساكينِ، فقد قيل: يَجوزُ بالاتِّفاق، وقد قيل: هو على الخلافِ أيضاً، وهو الصَّحيحُ؛ لأنَّ اشتراطَهُ لهم في حياتِهِ كاشتراطِهِ لنفسِهِ.

وجهُ قولِ محمد رحمه الله: أنَّ الوقفَ تبرُّعٌ على وَجهِ التَّمليكِ بالطَّريقِ الذي قدَّمناه، فاشتراطُهُ البعضَ أو الكُلَّ لنفسِهِ يُبطِلُه؛ لأنَّ التَّمليكَ من نفسِهِ لا يتحقَّقُ، فصار كالصَّدقةِ المُنفَّذَةِ[4]، وشَرطِ[5] بعضِ بُقعةِ المسجدِ لنفسِهِ.

---

(١) قال النووي في الروضة (٤/ ٣٨٣) الكتب العلمية: في وقف الإنسان على نفسه وجهان، أصحُّهما: بطلانُهُ، وهو المَنصوص. والثاني: يصحُّ، قاله الزُّبيري، وحكى ابن سريج أيضاً، وحكى عنه ابن كج: أنَّه يصحُّ الوقف، ويلغو شرطُهُ، وهذا بناءً على أنَّه إذا اقتصر على قوله: «وقفت» صحَّ. اهـ.

(٢) فرزُ الوقف وقبض المتولِّي شرطٌ عند محمد، وليس بشرط عند أبي حنيفة.

(٣) أي: الخلافُ بينهما غيرُ مبنيٍّ على شَرطٍ، فالخلاف واقع في هذه المسألة ابتداءً.

(٤) فإنَّه لا يجوزُ أن يُسلِّم قَدْراً من ماله للفقير على وَجهِ الصَّدقة بِشَرطِ أن يكون بعضُهُ له.

(٥) قوله: «وشرطِ» بالجرِّ عطفاً على قوله: «كالصدقة المنفذة»، ومعناه: أنْ جَعْلَ بعضِ المَسجِدِ لنفسِهِ يمنعُ عن الجواز في الكلِّ، فكذا إذا جعل بعضَ الغَلَّةِ لنفسِهِ.

ولأبي يوسف ما روي «أنَّ النَّبيَّ ﷺ كان يأكل من صدقتِهِ»[(١)]، والمرادُ منها صدقتُهُ الموقوفةُ، ولا يحِلُّ الأكلُ منها إلَّا بالشَّرط، فدلَّ على صحَّتِهِ[(٢)]، ولأنَّ الوقفَ إزالةُ المِلْكِ إلى الله تعالى على وَجهِ القُربةِ على ما بيَّنَّاه، فإذا شَرَطَ البعضَ أو الكلَّ لنفسه، فقد جعَلَ ما صار مَملُوكاً لله تعالى لنفسِهِ، لا أنَّه يَجعَلُ مِلكَ نفسِهِ لنفسِهِ، وهذا جائزٌ، كما إذا بنى خاناً أو سِقايةً أو جَعَلَ أرضَهُ مَقبرَةً، وشَرَطَ أن يَنزِلَهُ أو يَشْرَبَ منه أو يُدفَنَ فيه، ولأنَّ مَقصودَهُ القُربةُ، وفي الصَّرفِ إلى نفسه ذلك، قال ﷺ: «نفقةُ الرَّجل على نفسِهِ صدقةٌ»[(٣)].

ولو شَرَطَ الواقفُ أن يَستبدِلَ به أرضاً أُخرى إذا شاءَ ذلك، فهو جائزٌ عند أبي يوسف، وعند محمد: الوقفُ جائزٌ والشَّرطُ باطلٌ.

ولو شَرَطَ الخيارَ لنفسِهِ في الوقفِ ثلاثةَ أيَّامٍ، جازَ الوقفُ والشَّرطُ عند أبي يوسف، وعند محمد: الوقفُ باطلٌ، وهذا بناءٌ على ما ذكرنا[(٤)].

وأمَّا فَصلُ الولايةِ فقد نصَّ[(٥)] فيه على قولِ أبي يوسف، وهو قولُ هلالٍ أيضاً، وهو ظاهرُ المذهبِ.

وذَكَرَ هلالٌ في وَقْفِه: وقال أقوامٌ: إنْ شَرَطَ الواقفُ الوِلايةَ لنفسِهِ كانت له ولايةٌ، وإنْ لم يَشترِطْ لم تكنْ له وِلايةٌ.

---

(١) قال الزيلعي (٣/ ٤٧٩): غريبٌ.

(٢) أي: على صحَّةِ الشَّرطِ.

(٣) أخرج ابن ماجه في التجارات، باب: الحث على المكاسب (٢١٣٨) عن المقدام بن معدي كرب الذبيدي عن رسول الله ﷺ قال: «ما من كَسبِ الرَّجلِ كسباً أطيَبَ من عملِ يدِيه، وما أنفق الرَّجلُ على نفسِهِ وأهلِهِ وولدِهِ وخادِمِهِ، فهو صدقةٌ».
وفي الباب من حديث أبي سعيد الخدري، وجابر، وأبي أمامة ﷺ وعنَّا بهم.

(٤) إشارةٌ إلى أنَّ جَعْلَ غَلَّةِ الوقفِ لنفسِهِ جائزٌ عند أبي يوسف؛ فإنَّه لمَّا جازَ أن يَستثني الواقفُ الغَلَّةَ لنفسِهِ ما دامَ حيَّاً، فكذلك يجوزُ اشتراطُ الخيارِ لنفسِهِ ثلاثةَ أيَّام، لِيُرَوِّيَ النَّظر فيه.

(٥) أي: القدوري، حيث قال: «أو جَعَلَ الولايةَ به إليه، جاز على قول أبي يوسف». فتح.

فصل

وإذا بَنَى مَسجِداً لم يَزُلْ مِلكُهُ عنه حتَّى يَفْرُزَهُ عن مِلْكِهِ بِطَرِيقِهِ ويَأْذَنَ لِلنَّاسِ بالصَّلاةِ فيهِ، فإذا صَلَّى فيه واحدٌ زالَ عند أبي حنيفةَ عَنْ مِلْكِهِ، ....

قال مشايخُنا: الأشبَهُ أنْ يكونَ هذا قولَ محمَّد؛ لأنَّ من أصلِهِ أنَّ التَّسليمَ إلى القَيِّمِ شَرْطٌ لِصِحَّةِ الوقفِ، فإذا سلَّمَ لم يَبقَ له وِلايةٌ فيه.

ولنا[1]: أنَّ المُتولِّي إنَّما يَستفيدُ الوِلايةَ من جهتِهِ بِشَرطِهِ، فَيَستحيلُ أنْ لا يكونَ لَهُ الوِلايةُ وغيرُهُ يَستفيدُ الولايةَ منه، ولأنه أقربُ النَّاسِ إلى هذا الوقفِ، فيكونُ أولى بوِلايتِهِ، كمَنِ اتَّخذَ مسجداً يكونُ أولى بعِمارتِهِ ونَصبِ المُؤذِّنِ فيه، وكمَنْ أعتقَ عبداً كان الوَلاءُ له؛ لأنَّه أقربُ النَّاسِ إليه.

ولو أنَّ الواقفَ شَرَطَ ولايتَهَ لنفسِهِ، وكانَ الواقفُ غيرَ مأمونٍ على الوَقفِ، فَللقاضي أنْ يَنزِعَها من يَدِهِ نظَراً للفقراءِ، كما له أن يُخرِجَ الوَصِيَّ نظَراً للصِّغارِ، وكذا[2] إذا شَرَطَ «أنْ ليس للسُّلطانِ، ولا لِقاضٍ أنْ يُخرِجَها مِنْ يَدِهِ ويُولِّيها غيرَهُ»؛ لأنَّه شرطٌ مُخالِفٌ لِحُكمِ الشَّرعِ، فبَطَلَ.

(فصل)

(وإذا بَنَى مَسجِداً لم يَزُلْ مِلكُهُ عنه حتَّى يَفْرُزَهُ عن مِلْكِهِ بِطَرِيقِهِ ويَأْذَنَ لِلنَّاسِ بالصَّلاةِ فيهِ، فإذا صَلَّى فيه واحدٌ زالَ عند أبي حنيفةَ عَنْ مِلْكِهِ).

أمَّا الإفرازُ فلأنَّهُ لا يَخلُصُ لله تعالى إلَّا به، وأمَّا الصَّلاةُ فيه فلأنَّهُ لا بدَّ من التَّسليم عند أبي حنيفة ومحمد، ويُشتَرَطُ تسليمُ نَوعِهِ، وذلكَ في المسجدِ بالصَّلاة فيهِ، أو لأنَّه لمَّا تَعذَّرَ القبضُ فقامَ تَحقُّقُ المَقصودِ مَقامَهُ.

---

(١) استدلالٌ لأبي يوسف، وعبَّر عنه بقوله: «ولنا» إشارةً إلى أنَّه المختار.

(٢) أي: لا يُلتَفَتُ إلى شَرطِه إذا كان غيرَ مأمون؛ لأنَّه شرطٌ مخالفٌ لحكم الشَّرع، فيبطل. فتح.

وقال أبو يوسف: يَزُولُ مِلكُهُ بِقَولِهِ: «جَعَلْتُهُ مَسجِداً». ومَنْ جَعَلَ مَسجِداً تحتَهُ سِردابٌ، أو فوقَهُ بيتٌ، وجَعَلَ بابَ المَسجِدِ إلى الطَّريق، وعَزَلَهُ عن مِلْكِهِ، فله أنْ يَبِيعَهُ، وإنْ ماتَ يُورَثُ عنه، ....

ثمَّ يُكتَفَى بصلاةِ الواحدِ فيه في روايةٍ عن أبي حنيفة، وكذا عن محمدٍ؛ لأنَّ فِعلَ الجنسِ مُتعذِّرٌ فَيُشتَرَطُ أدناه. وعن محمَّد: أنَّه يُشتَرَطُ الصَّلاةُ بالجماعة[1]؛ لأنَّ المسجدَ بُني لذلك في الغالب.

(وقال أبو يوسف: يَزُولُ مِلكُهُ بِقَولِهِ: «جَعَلْتُهُ مَسجِداً»)؛ لأنَّ التَّسليمَ عنده ليس بِشَرطٍ؛ لأنَّه إسقاطٌ لِملكِ العبدِ، فَيَصيرُ خالِصاً لله تعالى بِسُقوطِ حقِّ العبدِ، وصارَ كالإعتاق، وقد بيَّنَّاه من قبلُ[2].

قال: (ومَنْ جَعَلَ مَسجِداً تحتَهُ سِردابٌ[3]، أو فوقَهُ بيتٌ، وجَعَلَ بابَ المَسجِدِ إلى الطَّريق، وعَزَلَهُ عن مِلْكِهِ، فله أنْ يَبِيعَهُ، وإنْ ماتَ يُورَثُ عنه)؛ لأنَّه لم يَخْلُصْ لله تعالى لِبقَاءِ حقِّ العبدِ مُتعلِّقاً به، ولو كانَ السِّردابُ لِمَصالحِ المَسجِدِ جازَ، كما في مسجدِ بيتِ المَقدِسِ.

وروى الحسنُ عنه أنَّه قال: إذا جَعَلَ السُّفلَ مَسجِداً، وعلى ظَهرِهِ مَسْكَنٌ فهو مسجدٌ؛ لأنَّ المَسجِدَ ممَّا يَتأبَّدُ، وذلك يَتحقَّقُ في السُّفلِ دونَ العُلْو.

وعن محمَّد على عَكسِ هذا؛ لأنَّ المَسجِدَ مُعَظَّمٌ، وإذا كان فوقَهُ مَسْكَنٌ أو مُستَغَلٌّ يَتعذَّرُ تَعظيمُهُ.

---

(١) ويُشتَرَطُ مع ذلك أن تكون الصَّلاةُ جهريَّةً بأذانٍ وإقامةٍ، حتَّى لو صلَّى جماعةٌ بغير أذان وإقامةٍ سِرّاً، لا يصيرُ مسجداً عند أبي حنيفة ومحمد، فإن أذَّنَ رجلٌ واحدٌ وأقام وصَلَّى وحدَهُ، صار مسجِداً بالاتِّفاق؛ لأنَّ صلاته على هذا الوصف كالجماعة. عناية.

(٢) إشارةٌ إلى ما قال - عند قوله: «ولا يتمُّ الوقف عند أبي حنيفة ومحمد» -: لهما أنَّ مُوجَب الوقفِ زوالُ المِلك بدون التَّمليك، وأنَّه يتأبَّدُ كالعتق. عناية.

(٣) وهو بيتٌ يُتَّخَذُ تحتَ الأرضِ لِتَبريدِ الماءِ وغيره. فتح.

وكذلكَ إنِ اتَّخَذَ وَسْطَ دارِهِ مَسجِداً، وأَذِنَ لِلنَّاسِ بالدُّخُولِ فيه، وعن محمد: أنَّه لا يُباعُ ولا يُورَثُ ولا يُوهَبُ. ومَنِ اتَّخَذَ أرضَهُ مَسجِداً، لم يكنْ له أنْ يَرجِعَ فيه، ولا يَبِيعَهُ، ولا يُورَثَ عنه. ....

وعن أبي يوسف: أنَّه جوَّزَ في الوجهين[1] حينَ قَدِمَ بغدادَ ورأى ضِيقَ المَنازِلِ، فكأنَّهُ اعتبَرَ الضَّرورةَ.

وعن محمَّد أنَّه حين دَخَلَ الرَّيَّ أجازَ ذلك كُلَّه[2] لِما قلنا.

قال: **(وكذلكَ إنِ اتَّخَذَ وَسْطَ دارِهِ مَسجِداً، وأَذِنَ لِلنَّاسِ بالدُّخُولِ فيه)**، يعني: له أن يَبِيعَهُ ويُورَثُ عنه؛ لأنَّ المسجدَ ما لا يكونُ لأحدٍ فيه حقُّ المَنع، وإذا كان مِلكُهُ مُحيطاً بِجوانبِهِ، كان له حَقُّ المَنعِ، فلم يَصِرْ مَسجِداً، ولأنَّه أَبقى الطَّريقَ لنفسِهِ، فلم يَخلُص لله تعالى.

(وعن محمد: أنَّه لا يُباعُ ولا يُورَثُ ولا يُوهَبُ) اعتَبَرَهُ مسجِداً، وهكذا عن أبي يوسف أنَّه يصيرُ مَسجِداً؛ لأنَّه لمَّا رضي بكونه مسجِداً، ولا يَصيرُ مسجداً إلَّا بالطَّريقِ، دخل فيه الطَّريقُ وصارَ مُستحَقَّاً، كما يدخلُ في الإجارةِ من غير ذِكْرٍ.

قال: **(ومَنِ اتَّخَذَ أرضَهُ مَسجِداً، لم يكنْ له أنْ يَرجِعَ فيه، ولا يَبِيعَهُ، ولا يُورَثَ عنه)**؛ لأنَّه تَجرَّدَ عن حقِّ العباد، وصار خالصاً لله، وهذا لأنَّ الأشياءَ كلَّها لله تعالى، وإذا أسقَطَ العبدُ ما ثبَتَ له من الحقِّ، رَجَعَ إلى أصلِهِ، فانقَطَعَ تصرُّفُه عنه، كما في الإعتاق.

ولو خَرِبَ ما حولَ المَسجدِ واستُغنِيَ عنه، يَبقَى مَسجِداً عند أبي يوسف؛ لأنَّه إسقاطٌ منه، فلا يَعودُ إلى مِلْكِه، وعند محمد: يَعودُ إلى مِلْك الباني، أو إلى وارِثِهِ بعد موتِهِ؛ لأنَّه عيَّنَهُ لِنَوعِ قُربةٍ، وقدِ انقَطَعَتْ، فصارَ كحصيرِ

---

(١) يعني: فيما إذا كان تحتَهُ سِردابٌ أو فوقَهُ بيتٌ.

(٢) أي: ما تحته سردابٌ وفوقَهُ بيتٌ مُستَغَلٌّ أو دَكاكينُ.

وَمَنْ بَنَى سِقايَةً لِلمُسلمينَ، أو خاناً يَسْكُنُهُ بَنُو السَّبيلِ، أو رِباطاً، أو جَعَلَ أرضَهُ مَقْبَرَةً، لم يَزُلْ مِلْكُهُ عن ذلك حتَّى يَحْكُمَ بِهِ الحاكِمُ عند أبي حنيفة، وعندَ أبي يُوسُفَ: يَزُولُ مِلكُهُ بِالقَولِ، وعند محمَّد: إذا استَقَى النَّاسُ مِنَ السِّقاية، وسَكَنُوا الخانَ والرِّباطَ، ودَفَنوا في المَقبَرَة زالَ المِلكُ.

المَسجدِ وحَشيشِهِ إذا استُغنِيَ عنه، إلَّا أنَّ أبا يوسف يقول في الحَصير والحَشيشِ: إنَّه يُنقَلُ إلى مسجدٍ آخر.

قال: (وَمَنْ بَنَى سِقايَةً لِلمُسلمينَ، أو خاناً يَسْكُنُهُ بَنُو السَّبيلِ، أو رِباطاً، أو جَعَلَ أرضَهُ مَقْبَرَةً، لم يَزُلْ مِلْكُهُ عن ذلك حتَّى يَحْكُمَ بِهِ الحاكِمُ عند أبي حنيفة)؛ لأنَّه لم يَنقطِعْ عن حقِّ العبدِ؛ ألا ترى أنَّ له أنْ يَنتفِعَ به، فيَسكُنَ في الخانِ، ويَنزِلَ في الرِّباط، ويَشرَبَ من السِّقاية، ويَدفُنَ في المَقبرَةِ، فَيُشترطُ حُكمُ الحاكمِ، أو الإضافةُ إلى ما بعدَ الموتِ، كما في الوقفِ على الفقراءِ، بخلاف المسجدِ[1]؛ لأنَّه لم يَبقَ له حقُّ الانتفاعِ به، فَخَلُصَ لله تعالى من غير حُكمِ الحاكم.

(وعندَ أبي يُوسُفَ يَزُولُ مِلكُهُ بِالقَولِ) كما هو أصلُهُ، إذِ التَّسليمُ عنده ليس بشرطٍ، والوقفُ لازمٌ.

(وعند محمَّد: إذا استَقَى النَّاسُ مِنَ السِّقاية، وسَكَنُوا الخانَ والرِّباطَ، ودَفَنوا في المَقبَرَة زالَ المِلكُ)؛ لأنَّ التَّسليمَ عنده شَرْطٌ، والشَّرطُ تَسليمُ نَوعِهِ، وذلك بما ذكرناه.

ويُكتَفَى بالواحِدِ؛ لِتَعذُّرِ فِعلِ الجِنسِ كلِّه، وعلى هذا البِئرُ المَوقوفةُ والحَوضُ.

ولو سُلِّم إلى المُتولِّي صحَّ التَّسليمُ في هذه الوجوهِ كلِّها؛ لأنَّه نائبٌ عن المَوقوفِ عليه، وفِعلُ النَّائبِ كفعلِ المَنُوب عنه، وأمَّا في المسجدِ فقد قيل: لا يكونُ تسليماً؛

---

(١) يعني: أنَّ حُكمَ الحاكِمِ والإضافةَ إلى ما بعدَ الموتِ، ليسا بِشَرطٍ في المسجد.

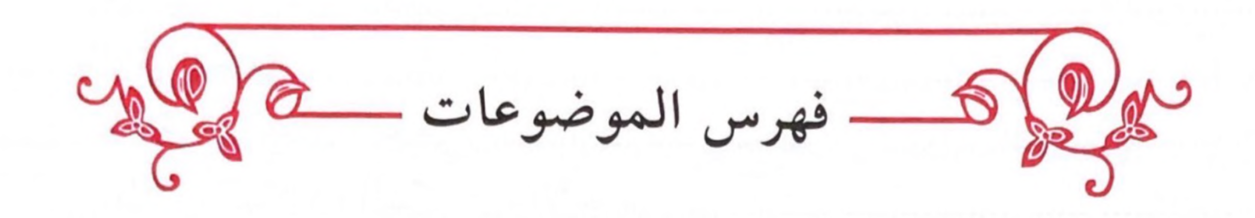
لأنَّه لا تدبيرَ للمُتولِّي فيه، وقيل: يكونُ تسليماً؛ لأنَّه يحتاجُ إلى مَن يَكنُسُهُ ويُغلِقُ بابَهُ، فإذا سُلِّم إليه صحَّ التَّسليمُ.

والمَقبَرَةُ في هذا بمنزلةِ المَسجِدِ على ما قيل؛ لأنَّه لا مُتولِّي له عرفاً، وقيل: هي بمنزلةِ السِّقايةِ والخانِ، فيَصحُّ التَّسليمُ إلى المُتولِّي؛ لأنَّه لو نُصِّبَ المُتولِّي يصحُّ، وإن كان بخلاف العادة.

ولو جعَلَ داراً له بمكَّةَ سُكنَى لِحاجِّ بيتِ اللهِ والمُعتَمِرِينَ، أو جَعَلَ دارَهُ في غيرِ مكَّةَ سُكنَى للمساكينِ، أو جَعَلَها في ثَغْرٍ مِن الثُّغُور سُكنَى لِلغُزاةِ والمُرابِطين. أو جَعَلَ غَلَّةَ أرضِهِ للغُزاةِ في سبيل الله تعالى، ودَفَعَ ذلك إلى وَالٍ يقومُ عليه، فهو جائزٌ، ولا رُجوعَ فيه لِما بيَّنَّا، إلَّا أنَّ في الغَلَّةِ تَحِلُّ للفقراء دونَ الأغنياء، وفيما سِواه مِنَ سُكنَى الخانِ والاستِقاءِ مِنَ البئرِ والسِّقايةِ وغيرِ ذلك، يَستوي فيه الغنيُّ والفقيرُ.

والفارقُ هو العُرْفُ في الفَصْلَين، فإنَّ أهلَ العُرفِ يُريدونَ بذلك في الغَلَّةِ الفُقراءَ، وفي غَيرِها التَّسويةَ بينهم وبين الأغنياء، ولأنَّ الحاجةَ تَشمَلُ الغَنيَّ والفَقيرَ في الشُّرب والنُّزول، والغنيُّ لا يحتاجُ إلى صَرفِ هذه الغَلَّةِ لِغِناه، والله تعالى أعلَمُ بالصَّواب.





كتاب النكاح ٥-٩٤

الألفاظ التي ينعقد بها النكاح ٧
الإشهاد على النكاح ٨
فصل في بيان المحرمات ١٢
مطلب: زواج المحرم والمحرمة ٢٠
مطلب: تزوج الأمة ٢٠
مطلب: تزوج الحبلى من الزنا ٢٣
نكاح المتعة باطل وكذا المؤقت ٢٤
باب: في الأولياء والأكفاء ٢٧
تزويج البالغة ٢٨
فصل: في الكفاءة ٣٩
فصل: في الوكالة بالنكاح ٤٤
باب: المهر ٤٨
أقل المهر والخلاف فيه ٤٨
مطلب: الطلاق قبل الدخول ٥٠
مطلب: نكاح الشغار ٥٤
مطلب: التفريق بين الزوجين في النكاح الفاسد ٦٤
مطلب: تحديد مهر المثل ٦٥
فصل: وإذا ترزوج النصراني نصرانية ٧١
باب: نكاح الرقيق ٧٥
باب: نكاح أهل الشرك ٨٤
باب: القسم ٩٢

كتاب الرضاع ٩٥-١٠٦

كتاب الطلاق ١٠٧-٢٩٢

باب: طلاق السنة ....
مطلب: طلاق الحامل ١١٣
مطلب: الطلاق في زمان الحيض ١١٤
فصل: في طلاق المكره والسكران والأخرس ١١٧
باب: إيقاع الطلاق ١٢٠
الطلاق الصريح ....
فصل: في إضافة الطلاق إلى زمان ١٢٨
فصل: ومن قال لامرأته: «أنا منك طالق» ١٣٢
فصل: في تشبيه الطلاق ووصفه ١٣٦
فصل: في الطلاق قبل الدخول ١٤٠
الطلاق بألفاظ الكناية ١٤٢
باب: تفويض الطلاق ١٤٨
فصل: في الاختيار ....
فصل: في الأمر باليد ١٥٢
فصل: في المشيئة ١٥٦
باب: الأيمان في الطلاق ١٦٥
فصل: في الاستثناء ١٧٤
باب: طلاق المريض ١٧٦
باب: الرجعة ١٨٣
فصل: فيما تحل به المطلقة ١٩٢
باب: الإيلاء ١٩٦
باب: الخلع ٢٠٢
باب: الظهار ٢١٢
فصل: في الكفارة ٢١٦
باب: اللعان ٢٢٦
باب: العنين وغيره ٢٣٥
باب: العدة ٢٣٩
فصل: في بيان ما يلزم المعتدة من أحكام ٢٤٩
الحداد وما تجتنبه المحددة ٢٥٠
خطبة المعتدة ٢٥٢

باب: ثبوت النسب ٢٥٦
باب: الولد من أحق به ٢٦٤
فصل: وإذا أرادت المطلقة أن تخرج بولدها من المصر ٢٦٨
باب: النفقة ٢٧٠
فصل: في إسكان الزوجة في دار مفردة ٢٧٧
فصل: النفقة والسكنى في العدة ٢٨٠
فصل: نفقة الأولاد الصغار ٢٨٣
فصل: النفقة على الأصول ٢٨٥
فصل: النفقة على الأمة والعبد ٢٩٠

كتاب العتاق ٢٩٣-٣٥٢

فصل: في الإعتاق غير الاختياري ٣٠٥
باب: العبد يُعتق بعضه ٣١٠
باب: عتق أحد العبدين ٣٢٣
باب: الحلف بالعتق ٣٣١
باب: العتق على جُعل ٣٣٤
باب: التدبير ٣٤٠
باب: الاستيلاد ٣٤٣

كتاب الأيمان ٣٥٣-٤١٢

باب: ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا ٣٥٨
فصل: في الكفارة ٣٦١
باب: اليمين في الدخول والسكنى ٣٦٧
باب: اليمين في الخروج والإتيان والركوب وغير ذلك ٣٧١
باب: اليمين في الأكل والشرب ٣٧٥
باب: اليمين في الكلام ٣٨٥
فصل: ومن حلف لا يكلمه حياً، أو زماناً ٣٨٩
باب: اليمين في العتق والطلاق ٣٩٢
باب: اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك ٣٩٨
باب: اليمين في الحج والصلاة والصوم ٤٠٢
باب: اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك ٤٠٥

باب: اليمين في الضرب والقتل ٤٠٧
باب: اليمين في تقاضي الدراهم ٤٠٩
مسائل متفرقة ٤١١

كتب الحدود ٤١٣-٤٧٨

بيان كيفية الإقرار ٤١٨
فصل: في كيفية الحد وإقامته ٤٢٢
بيان حد الزاني المحصن ....
بيان حد الزاني غير المحصن ٤٢٤
بيان حد إحصان الرجم ٤٢٨
باب: الوطء الذي يوجب الحدَّ والذي لا يوجبه ٤٣٤
باب: الشهادة على الزنا والرجوع عنها ٤٤٦
باب: حد الشرب ٤٥٨
مقدار حد الخمر والسُّكر ٤٦١
بيان ما يثبت به الشرب ٤٦١
بيان ضابط السكر الذي يوجب الحد ٤٦٢
باب: حد القذف ٤٦٤
بيان شروط الإحصان ....
فصل: في التعزير ٤٧٥

كتاب السرقة ٤٧٩-٥٢٤

باب: ما يقطع فيه وما لا يقطع ٤٨٥
فصل: في الحرز والأخذ منه ٤٩٤
فصل: في كيفية القطع وإثباته ٥٠٢
باب: ما يحدث السارق في السرقة ٥١٥
باب: قطع الطريق ٥١٨

كتاب السير ٥٢٥-٦٣٨

باب: كيفية القتال ٥٣٠
مطلب: إخراج النساء والمصاحف مع العسكر ٥٣٤
باب: الموادعة ومن يجوز أمانه ٥٣٨

فصل: في بيان أحكام الأمان ٥٤٢
باب: الغنائم وقسمتها ٥٤٥
فصل: في كيفية القسمة ٥٦٠
فصل: في التنفيل ٥٦٩
باب: استيلاء الكفار ٥٧٣
باب: المستأمن ٥٨٠
فصل: في بيان أحكام المستأمن من أهل الحرب ٥٨٣
باب: العشر والخراج ٥٩٠
باب: الجزية ٥٩٨
فصل: في بيان ما يجوز لهم أن يفعلوا مما يتعلق بالسكنى ٦٠٨
فصل: أحكام نصارى بني تغلب ٦١٢
بيان مصارف الخراج والجزية ٦١٣
باب: أحكام المرتدين ٦١٥
لحوق المرتد بدار الحرب ٦١٩
حكم ردة الصبي ٦٢٨
باب: البغاة ٦٣٠

كتاب اللقيط ٦٣٩-٦٤٤

كتاب اللقطة ٦٤٥-٦٥٨

مطلب: لقطة الحرم ٦٥٣

كتاب الإباق ٦٥٩-٦٦٦

كتاب الفقود ٦٦٧-٦٧٦

كتاب الشركة ٦٧٧-٧٠٤

الضرب الأول: شركة الأملاك ....
الضرب الثاني: شركة العقود ٦٨٠
أولا: شركة المفاوضة ....
فصل: في بيان ما تنعقد به شركة المفاوضة من المال ٦٨٦
ثانيا: شركة العنان ٦٨٩

هلاك مال الشركة قبل الخلط ٦٩٢
بيان ما يجوز للشريك شركة مفاوضة أو عنان أن يفعل وأن لا يفعل ٦٩٥
ثالثا : شركة الصنائع ٦٩٦
رابعا : شركة الوجوه ٦٩٨
فصل : في الشركة الفاسدة ٧٠٠
فصل : وليس لأحد الشريكين أن يؤدي زكاة مال الآخر ٧٠٢

كتاب الوقف ٧٠٥-٧٢٦

وقف المشاع ٧١١
وقف العقار والمنقولات ٧١٣
فصل : وإذا بنى مسجدا لم يزل ملكه حتى يفرزه ٧٢٢
فهرس الموضوعات ٧٢٧

